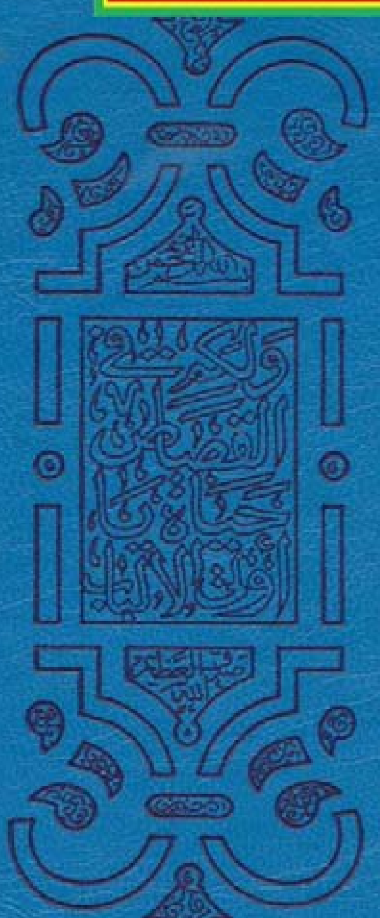
الدكتور فتحي الدريني

نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي



مؤسسة الرسالة


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الدكتور فتحي الدريني

دكتوراه في الفقه الإسلامي وأصوله من جامعة الأزهر
دبلوم في العلوم السياسية من كلية الحقوق بجامعة القاهرة
دبلوم في الدراسات القانونية من معهد الدراسات العربية العالية بالقاهرة
أستاذ في كلية الشريعة والحقوق والتربية بجامعة دمشق

نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

يبحث بحثاً علمياً مقارناً نظرية التعسف وأصالتها في الشريعة الإسلامية والفقه الوضعي وتشريعاته في معظم دول العالم مبيناً الدستور الذي يحكم مباشرة الحقوق بما يحقق حرية الفرد ومصلحة الجماعة .

مؤسسة الرسالة

الطبعة الأولى
١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م

الطبعة الرابعة

١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م



مؤسسة الرسالة بيروت - شارع سوريا - بناية صمدي وصالحة
هاتف: ٣١٩٠٣٩ - ٢٤١٦٩٢ ص.ب: ٧٤٦٠ برقياً: بيوشران



مقدمة الطبعة الثانية

بحثنا في كتابنا السابق «الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده»[1] وحددنا فيه « مفهوم الحق في ذاته » بوجه عام في الفقه الاسلامي ، مقارناً بمفهومه في كل من المذهب الفردي ، ومذهب التضامن الاجتماعي ، في الفقه الوضعي ، كما بينا الأصول التي ينهض عليها تقييد الحق في فقهنا ؛ إذ لا يمكن فهم التعسف في استعمال الحق ، فهماً متعمقاً ، ولا تكييفه الشرعي ، دون هذه البحوث ، للصلة الوثقى التي تجمع بينهما ، ونبحث في هذا الكتاب « نظرية التعسف في استعمال الحق في التشريع الاسلامي » مقارنة بما استقر منها في التشريع والفقه الوضعيين في معظم الدول المتحضرة .

ـ هذا ، ومن المعلوم أن التشريع الوضعي وفقهه ، لم يعرفا أصل هذه النظرية إلا في أوائل هذا القرن العشرين ، وعلى نحو ضيق ومبهم[2] .

ـ وتفسير ذلك ، أن المذهب الفردي ، بما هو ممعن في « فردية الحق » الى حدّ اعتبار « الفرد » « وحقوقه » هي محور القانون ، لأنه سابق في وجوده على القانون،بل وعلى المجتمع والدولة ، لأن كل أولئك ـ في منطق هذا المذهب ـ قد أوجده الفرد بنفسه لخدمة حقوقه ومصالحه ، وصيانتها ، ومن ثم لا يجوز للدولة أن تتدخل في حقوقه ، لأنها تخرج بذلك عن

---

(١) تولت طباعة هذا الكتاب جامعة دمشق ١٩٦٧ ، وقد نفذت هذه الطبعة الأولى وتولت طبعه ثانية مؤسسة الرسالة في بيروت ـ لبنان.

(٢) انظر كتاب « روح الحقوق ونسبيتها » للفقيه الفرنسي المعاصر جوسران سنة١٩٣٦ . وهو واضع القانون المدني اللبناني . ـ الوسيط ج ١ ص ٨٤٣ ، للدكتور السنهوري ـ وراجع المذكرة الايضاحية ، مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٢ .

حدود وظيفتها الأساسية من كونها مجرد حارسة ، بقطع النظر عما يترتب على إطلاق سلطات الفرد في التصرف من أضرار تمس الغير ، من الفرد والمجتمع، بحجة أنه لم يجاوز حدود حقه الموضوعية ، ومن المقرر عندهم أن من استعمل حقه ، فهو حرٌ ، وغير مسؤول ، أقول بما هو ممعن في نزعته الفردية هذه الى حد التطرف ، لم يسعفه منطق تشريعه على استمداد اصل منه تنهض عليه نظرية التعسف ، ليمكن تفسيرها به .

ـ وواقع الأمر ، أن نظرية التعسف ، تقوم أساساً على غير هذا المنطق ، يرشدك الى هذا ، مفهومها ومعاييرها ، وما تنهض به من دور وقائي وعلاجي ، سواء في تحديد سلطات الحق الفردي بوجه خاص ، وتوجيه استعماله على نحو يفضي بالحق الى تحقيق غايته التي شرع من أجلها ، في ضوء ما يتعاور هذا الاستعمال من بواعث وظروف مؤثرة في نتائج استعماله ، أم في «إقامة التوازن» بين المصالح الفردية المشروعة في أصلها ، والمتعارضة فيما بينها ، و « إقامة التوازن » أيضاً ، بل ومن باب أولى ، بين المصلحة الفردية ، والمصلحة العامة ، بقطع النظر عن البواعث النفسية ، على نحو يربط الحكم بالمصلحة الراجحة ، جرياً على ما يقتضيه ضابط المشروعات في هذا التشريع ، تفادياً لسوء نتائج الاستعمال للحقوق أو التطبيق للقواعد والأحكام ، وهي ما يطلق عليها الإمام الشاطبي معنى التعسف من حيث المآل[1] .

ـ هذا ، ومن المعلوم ، أن « اقامة التوازن » بين المصلحة الفردية، والمصلحة العامة ، تفترض أساساً اعتراف التشريع بوجود هاتين المصلحتين الجوهريتين ، وهو ما لا يقره المذهب الفردي الذي حمله التطرف في نزعته الفردية الى الاعتراف بالحق الفردي وحده ، وعلى وجه مطلق .

---

(١) الموافقات ج٤ ص١٩٤ ، وما يليها ، أما سوء النتائج المترتبة على الامعان في الجري على مقتضى القواعد ، بقطع النظر عن الظروف الملابسة ، فقد اسميناه « التعسف في الاجتهاد الفرعي ».

ـ ومن هنا ، كان هـذا أول فيصل جوهري للتمييز بين التشريع الوضعي الفردي ، والتشريع الاسلامي .

ـ فالخلاف جذري كما ترى ، لاتصاله بمفهوم الحق الذي هو أساس التشريع ، ومن ثم بمفهوم العدل في كل منهما على ما سيأتي بيانه .

ـ وعلى هـذا النحو في تصور « فكرة الحق » في المذهب الفردي ، يبدو واضحاً ، أن الأخذ بنظرية التعسف فيه ، مفهوماً وحكماً ، يعود على أصله بالنقض .

ـ إذ كيف يمكن أن يتم اتساق أحكام هذه النظرية ، ومقتضى منطق ذلك المذهب المتطرف ، وهي ما جاءت أساساً إلا لتدرأ مظاهر هذا التطرف ، بل تمنع التسبب فيه ، وذلك بما تضطلع به ـ في دوريها الوقائي والعلاجي ـ من تحديد سلطات الحق الفردي ، وتقييدها ، أو توجيه استعماله على نحو يفضي به الى الغاية أو المصلحة الاجتماعية أو الاقتصادية التي شرع من أجلها ، وبإقامة التوازن بين المصالح المشروعة في أصلها ، والمتعارضة فيما بينها ، في ظل ما يتعاورها من ظروف ، لتدرأ كل أسباب التطرف ، قصداً أو مآلاً ، بمنع التسبب في ذلك قبل الوقوع ، وقطع استمراره ، وإزالة آثاره بعد الوقوع ؟

ـ لا يتصور ذلك ، للتضاد .

ـ أضف ألى ذلك ، أن « اقامة التوازن » بين المصالح المتضاربة ، أياً كان نوعها ، التي هي مظهر من مظاهر العدل ، أو دَرْء التعسف ، تعكس لنا « القيمة المحورية » التي يدور عليها التشريع الإسلامي كله ، كما يمكن أن يُستخلص ـ على ضوئها ـ عناصر مفهوم الحق الفردي بوجه خاص ، من كونه ذا عنصرين : فردي واجتماعي معاً ، لا فردياً مطلق .

ـ هذا و « القيمة المحورية » التي تعتبر مدار التشريع كله ، كما ذكرنا ، تحدد « البِـنْـيَـة الذاتية » لهذا التشريع الذي انبثقت منه هـذه النظرية على نحو

تلقائي وطبيعي ، أو قل إن ثمة تلازماً منطقياً بين طبيعة هذا التشريع الخالد، ومقتضى أحكام معايير هذه النظرية ، ومن هنا أمكنك تفسير ارتباط وجودها بوجوده ، فيما تمدنا به هـــذه النظرية من معايير وحلول ، من حيث انها تدرأ مظاهر التعسف مادياً ، بل تحول ابتداء دون التسبب فيه بقطع النظر عن مشروعية أصل هذا التسبب .

ـ فالخلاف ـ كما ترى ـ جذري من حيث مفهوم الحق ، وبنية التشريع ، وفكرة العدل ، في كل من التشريعين ، وفقهيهما ، كما أسلفنا .

ـ وما يقال في المذهب الفردي ، هو بعينه منطبق تمامـــاً على المذاهب المتطرفة نحو اليسار ، لعلة التطرف هذه .

ـ وبيان ذلك ، أن نظرية التعسف تفقد دورهـــا في « اقامة التوازن » بين المصالح المتضاربة ، ولا سيما بين المصلحة الفردية والعامة ، اذ لا يتصور وجود مثل هذا التعارض لعدم اعترافها بالحق الفردي أصلا ، وبالتـــالي لا تتصور الموازنة ، لأنها تعتمد ـ أساساً ـ وجودَ متعارضين ، وهي لا تعترف الا بمصلحة المجتمع وحدها .

ـ ومن هنا ، بات من غير الممكن ، استخلاص أصل من أي تشريع يتسم بنزعة متطرفة نحو اليمين أو اليسار، يصلح لأن يفسر لنا قيام هذه النظرية على أساسه ، فكرة ، ومعايير ، ومؤيدات .

ـ غير أن هذه التشريعات ـ فيما يبدو ـ قد أخذت سبيل التعديل المُقْحَم تحت ضغط الظروف ، والإحساس بمقتضيات العدالة .

ـ وانما وصَفْتُ التعديـل بأنه « مُقْحَم » لأنه يتعذر تفسيره على مقتضى أصول منطق هذه التشريعات ، كما بينا .



استواء نظرية التعسف في استعمال الحق على أصولها في التشريع الاسلامي منذ القدم

ـ استوت هذه النظرية على أصولها في التشريع الاسلامي ، منذ القدم ،وفي فقهه أيضاً ـ تفسيراً وتطبيقاً ـ في شتى مذاهبه الجماعية [١] والفردية [٢] ، على السواء ، فتمت بذلك معاييرها ، ومؤيداتها ، تأصيلا ، وتفريعـاً ، تحديداً وضبطاً ، نظراً وعملا .

ـ ذلك، لأن «أصول» هذه النظرية، ومعاييرها ، إذا كانت قد استنبطت من النصوص التشريعية ـ كتاباً وسنة ـ في موضوعاتٍ شتى ، فقد استخلصت كذلك ـ باعتبارها مفاهيم كلية ـ من جزئيـات تطبيقية في الواقع العملي ، من فقه الصحابة ، واجتهادات الأئمة من بعدهم عبر العصور ، إذ من البدهي أن « الجزئي يتضمَّن مفهوم كلِّيِّهِ كَمَلاً [٣] ».

---

(١) من مثل المذاهب الجماعية المعروفة : الحنفي ، والمالكي ، والشافعي ، والحنبلي،وغيرها.

(٢) وهي المذاهب التي اندثرت بوفاة أصحابها ، ولم يبق منها إلا ما نراه مبثوثاً من آرائهم واجتهاداتهم ، في كتب المذاهب الأخرى ، في مناسبات شتى ، كمذهب الإمام الليث بن سعد ، في مصر ، ومذهب الإمام الأوزاعي ، في الشام . ومذهب ابن أبي ليلى،والثوري،في العراق،وغيرهم.

(٣) لتوضيح ذلك ، نضرب مثلاً اللفظ العام ، فإنه كلي بالنسبة لما يندرج تحت مفهومه من أفراد ، لكن كل فرد منها يتضمن مفهوم العام كملا .

ـ فالمؤمنون مثلاً لفظ عام . وضع وضعاً واحداً ، للدلالة على استغراق جميع أفراده التي ينطبق عليها معناه دفعة واحدة ، ودون حصر ، بمعنى أن « مفهوم هذا العام » وهو « الإيمان » متمثل بصورة كاملة في كل فرد من أفراده . فالعام كلي ، وكل فرد من أفراده جزئي .

ـ وعلى العكس من ذلك لفظ « العشرة » مثلا ، فهو موضوع لمتعدد محصور معـلوم أوله ومنتهاه ، فلا يتمثل مفهوم العشرة في كل فرد من أفرادها كملا ، كالواحـد والاثنين والثلاثة والاربعة ، لذا كان كل منها بالنسبة للعشرة جزء لا جزئي .

ـ راجع بحث « العام » في مؤلفنا ـ اصول التشريع الاسلامي ـ ومناهج الاجتهاد بالرأي ، ص ٤٨٢ وما يليها ، طبع جامعة دمشق سنة ١٩٧٧ .

ـ وقد بلغت هذه المعايير من الدقة والضبط والوضوح ، بحيث عكست لنا « **القيمة المحورية** » الـتي يدور عليها التشريع الاسلامي كله ، وهي : حق الفرد ، وحق المجتمع [1] ، مما استلزم بالتـالي تحديد طبيعة الحق الفردي ، ومفهومه بوجه خاص ، وأنه ذو عنصرين ، **فردي واجتماعي** في آن معاً [2] ، ومن هنا كان الخلاف جذرياً ـ كما ذكـرنا ـ بين التشريع الاسلامي ، وغيره من التشريعات المتطرفة يميناً أو يساراً من حيث « البِـنْـيَـة الذاتية » لكل تشريع ، أو القيمة المحورية التي تدور عليها أحكامه ، ومن حيث فكرة الحق ، ونوعيته ، ومفهومه ، بل ومن حيث « مفهوم العدل » في كل منها .

ـ وبيـان ذلك ، أن « **القيمة المحورية** » التي تنبثق عنها الحقوق جميعاً ، باعتبارها مدار التشريع كله ، إذا كانت تحدد لنا البِـنْـيَـة الذاتية لهذا التشريع الالهي الخالد، فإنك لن تجد بينها ، وبين جزئيات الحقوق المتفرعة عنها، تخالفاً أو تناقضاً ، إذ لا يتصور تناقض بين جزئي وكلي ، وهذا مصداق قوله تعالى: « ولو كان من عند غير الله ، لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً » .

---

(١) وهذا ما أطلق عليه الأصوليون « حق العبد » أي حق الإنسان الفرد ، و « حق الله » ويعنون بذلك حق المجتمع ، فهم ذلك من تعليلهم لنسبة هذا الحق الى الله تعالى ، مع أنه غني عن الحقوق ، لعظم خطره وشمول نفعه ، ولا يقصد بحق المجتمع إلا هذا .

– راجع أمهات كتب الأصول – في موضوع « الحكم » و « المحكوم فيه ».

(٢) ولهذا نرى الإمام الشاطبي يشير إلى ذلك بقوله : « وفي العادات – الحقوق والتصرفات والإباحات – حق الله ، كسباً وانتفاعاً ، من قبل أن حق الغير محافظ عليه شرعاً ، ولا خيرة فيه للعبد » الموافقات ، ج ٢ ص ٣٢٨ و ٣٤٨ .

– ومعنى هذا ، أن كل مـا منح الأنسان من حق أو حرية عامة – وهو المقصود بقوله « العادات » تمييزاً لها عن العبادات – ليس ذلك حقاً خالصاً له ، حق يتصرف فيه بإطلاق ، بل يجب أن يلاحظ حق الغير ، اثناء ممارسته لحقوقه كسباً وانتفاعاً ، وحق الغير أعم من أن يكون حقوق الافراد الآخرين ، أو حق المجتمع.

– هذا ، ومراعاة حق الغير من النظام الشرعي العام ، لا خيرة فيه للعبد ، فهو يقيد الحق الفردي حتى يكون استعماله على نحو لا يضر بهذا الغير .

ـ وهذا الأساس العام الذي قـــام عليه بنيان التشريـع الاسلامي، وفسره الفقه والاجتهاد ، هو فيصل التمييز [1] بينه وبين غيره مـــن التشريعات في العالم من حولنا .

ـ هذا ، وقد مَلَكَ التشريـع الاسلامي القدرة العجيبة على إمداد الحيـاة مهما تطورت بها الظروف والحضارات، بالحلول والأحكام لكل مـــا يطرأ من وقائع ، وذلك بما يؤصل من أصول تشريعية عامة منصوصة ، وأصول معنوية عامة أيضاً ، [1] ثابتة باستقراء جزئيات كثيرة استقراء يفيد القطع واليقين، في التعبير عن ارادة الشارع الحقيقية .

---

(١) راجع بحثاً مستفيضاً في النظام الشرعي العام في مؤلفنا « المناهج الاصولية ، ص ٢٤٥ .

(٢) قرر الأصوليون أن الأصل اللفظي العام ، كالأصل المعنوي العام ، الثابت بالاستقراء ، فكلاهما سواء من حيث قوة الاحتجاج به ، وصحة بناء الحكم عليه .

– اصول التشريـع الاسلامي، ص ٢١ وما يليها –للمؤلف – طبـع جامعة دمشق١٩٧٧ .

– المناهج الاصولية في الاجتهـــاد بالرأي ، ص ٦٢٤ ، للمؤلف . طبـع دار الرشيد – بدمشق سنة ١٩٧٦ .

– من القواعد الأصولية المقررة أن لا مجال للاجتهاد في النص القطعي المفسر ، لأن القطـع ينافي الاحتمال ، وحيث لا احتمال فلا اجتهاد ، لأن النص الصريح القاطع يعبر عن إرادة المشرع الحقيقية ، وحينئذ يغدو الاجتهاد بالرأي ، والإتيان باحتمال آخر ، خروجاً على النص نفسه ، لا تفسيراً له ، وتغييراً لإرادة الشارع لا تبيناً لها ، لانها واضحة بينة .

غير أن الاصوليين ـ مع ذلك ـ يرون أنه عند تطبيق الأصل على ما يندرج تحته من وقائع،قد يحتف بها ظروف مؤثرة في تشكيل علة الحكم ، بحيث يفضي تطبيقه ـ في ظل تلك الظروف – على جزئية من جزئياته ، الى نتائج ضررية ، لا تنسجم مع الأصل العام الذي قام عليه التشريـع كله ، ولذا يرجح المجتهد إما استثناء الواقعة من عموم الزمن ، فيوقف تطبيق الحكم فترة يتحدد مداها بزوال الظرف المؤثر ، وإما باستثناء الجزئية من عموم أصلها ، ليطبق عليها أصل آخر هو أجدر بتحقيق المصلحة والعدل ، وأقوى في درء سوء النتائج ، وهو مظهر من مظاهر درء التعسف في المـآل .

– على أن الأصوليين قد نصوا على أن إيثار تطبيق أصل هو في نظرهم أقوى وأرجـح من الاصل الاول ،لا يعتبر اهداراً للاصل المرجوح أو نسخاً له . –

ـ هذه الأصول بنوعيها ـ اللفظي العام ، والمعنوي العام [1] ـ يمثل بعضها مناهج أصولية ، وخططاً تشريعية ، لدرء مظاهر التعسف ـ قصداً أو مآلاً ـ إن في الاستنباط الفروعي ، أو التطبيق للقواعد في مواجهة الواقع بظروفه وملابساته .

ـ وهو ضرب من الاجتهاد يستوي في موقعه ما كان قد ورد فيه نص أو دليل خاص ، و ما لم يكن قد ورد فيه نص [2] على نحو يسدد خُطَى هذا الاجتهاد في معالجة الواقع المعاش ، تسديداً ينأى به عن سوء النتائج ، أو الافضاء الى المآلات المعتسفة ، سواء في الاستنباط النظري ، أو التطبيق العملي ، على الوقائع المتجددة ، نتيجة للغلو في تطبيق القواعد ، والأقيسة العامة النظرية ، أو التطبيق الآلي على الجزئيات ، دون تبصر أو تقدير لما يحتف

= فاذا ترك دليل لدليل راجح لم يصح إطلاق القول ببطلان هذا الدليل المرجوح كما يقول الامام الشاطبي – الموافقات – جـ ٣ ، ص ٣٠٥ . راجع في الاستثناء من القواعد والأصول المستنبطة . رسالة الامام الشافعي ، ص ٥٤٩ ، فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ، ص ٣٧٨ . رسالة تعليل الاحكام ، ص ٣٣٨ للشيخ مصطفى شلبي .

(١) أصول التشريع الاسلامي ، ص ١٤ – وما يليها – للمؤلف .

(٢) انظر بحثاً مستفيضاً في الأجتهاد بالرأي ، وصلته بمفهوم العدل ، في التشريع الاسلامي.
– المرجع السابق ، ص ٣٣ – يليها .
– على أنه ينبغي أن يلاحظ أن التعسف في القصد ، إنما يبدو في « الباعث » غير المشروع ، الذي يحمل المكلف على التذرع بفعل ناشيء عن حق أو إباحة ، هو ظاهر الجواز ، لتحقيق غرض غير مباشر ، يهدم واجباً ، أو يحل حراماً .
– وهذا هو « التحيل » على مقاصد الشريعة .
– اما التعسف من حيث المآل : فينظر فيه إلى النتيجة المادية الواقعية للتصرف أو التطبيق لتناقضها واصول التشريع ، ولا ينظر الى القصد .

بتلك الوقائع من ظروف وملابسات . مما يكون لذلك كله من أثر في نتيجة التطبيق .

ـ ومعلوم أن النظر في مآل التطبيق أصل معتبر شرعاً . كما يقول الإمام الشاطبي [1] . لمساسه بأصل العدل والمصلحة المعتبرة في التشريع [2] . وهما أساس التشريع كله .

وتوضيح ذلك . أن الظروف ـ ولا سيما الاستثنائية منها ـ ذات مدخل في تشكيل علة الحكم . بما يترك تغيرها . أو تباينها . من أثر في مآل تطبيقه ـ وهذا أمر لا مرية فيه ـ إذ كيف يتأتى أن تتجسد غاية الحكم التي شرع من أجلها ابتداء . في المآل أو الثمرة الواقعية التي أفضى اليها تطبيق الحكم ـ في ظل تلك الظروف المتغيرة انتهاء . مادة ومعنى ؟

---

(١) يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد : « اصل النظر في مآت الأفعال ، معتبر مقصود شرعاً » ...

– الموافقات – ج ٤ ص ١٩٤ – وما يليها .

(٢) المرجع السابق .

– هذا ، وقد بحث أصل النظر في المآلات التي تتنافى ومقاصد التشريع ، من حيث كونها تبطل مناسبة العلة لما بني عليها من حكم ، سائر الاصوليين ، وذلك تحت عنوان آخر : « هل تنخرم مناسبة الوصف بمفسدة تلزم ، مساوية أو راجحة » .

– فالإجماع منعقد على ان الحكم عند لزوم هذه المفاسد الراجحة لا يشرع – مسلم الثبوت – ج ٢ ص ٢٦٤ .

– وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي ما نصه : « ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة توازيها ، أو تزيد » .

– موافقات – ج ٣ ص ٢٥٧ .

– وهذا ضرب من الاجتهاد في درء مظاهر التعسف المتمثل في النتائج الواقعية ،بناء على خطة تشريعية ترجع إلى أصل الذرائع .

– هذا ، وقد فرع الإمام الشاطبي عن هذا الاصل ، مبدأ الاستحسان ومبدأ الذرائع ، ومبدأ مراعاة الخلاف – ج ٤ ص ١٩٤ وما يليها – المرجع السابق .

ـ إن وحدة غاية الحكم ومآل تطبيقه . أو تجسد الغـــاية أو المصلحه المرسومة في النتيجة الواقعية أثراً للتطبيق ، إذا تمت . فـإن ضمان ذلك يغدو رهناً بتماثل الظروف ، أو بعبارة أخرى ، إن وحــــدة مآل التطبيق تفترض التشابه في الظروف المؤثرة . إذ من غير المعقول أن تتحد نتـــائج الحلول مع اختلاف الظروف أو تباينها .

ـ وإذا كان من المفروض أن تكون نتائج التطبيق، أو مآل ممارسة الحقوق والاباحات ، تجسيداً لما رسم لها شرعاً من غايات ، باعتبـــار أن تلك الغايات مقاصد أو مصالح قد قَصَدَ الشارع أن تحقق عـــن طريق تشريعه ، لتصبح أوضاعاً قائمة أو ماثلة في المجتمع ، بما هي أصول العدل ، وموجهاته ، فإن صلة ما يفضي اليه التطبيق من مآل بالعدل ذاته ، تبدو واضحة جلية، ومن هنـــا كان أصل النظر في المآل ـ كما يقول الإمام الشاطبي-معتبراً مقصوداً شرعاً [1] ، حتى يتفادى التسبب في المآل الممنوع ، لأنه مظهر مـن مظاهر التعسف ، أو مناقضة مقصد الشارع في المصلحة والعدل ، على حد تعبير الإمام الشاطبي ، ولو كان التسبب في أصل تشريعه مشروعاً .

ـ وأصل النظر في المآل ، إنما يعني أن يعمل الاجتهاد، وهو بسبيل تطبيق القواعد والأقيسة النظرية في مواجهة الواقع بظروفه ، أو أن يعمل المكلف فيما هو بسبيله من ممارسة حق أو إباحة ، على تحقيق المواءَمة بين ما يقتضيه الواقع ومقتضيات مقاصد التشريع ، بحيث لا تقع المناقضة بينهما من حيث القصد أو المآل . كما بينا .

ـ ذلك لأن التشريع الاسلامي-بل كل تشريع ـ لا يعمل في فراغ نظري أو منطقي بحت،وإنما التشريع للواقع بظروفه وملابساته .

---

(١) الموافقات ـ جـ ٤ ص ١٩٤ وما بعدها المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي جـ ١ ص ٦٢٤ وما بعدها ـ للمؤلف . طبع دار الرشيد بدمشق سنة ١٩٧٦ م .

ـ وينهض بهذه المواءمة في التشريع الاجتهادي الفروعي، الخطط التشريعية التي أشرنا اليها، ليجابه هذه الظروف بالحلول الملائمة التي تحقق مصالح الناس، ولا تتجافى ومقتضيات العدل في آن معاً، أو قل تحول دون اعتساف جادة المصلحة والعدل .

ـ هذا شيء .

ـ وشيء آخر، هو أن الأصل العام المتفق عليه من قبل المحققين من الأصوليين، أن الأحكام ـ أصولا عامة وفروعاً ـ معللة بمصالح العباد، نفياً للتحكم [1] والعبث، وتفسيراً لمعقولية التشريع، وتكويناً لقناعة المكلف .

ـ وعلى هذا، فكل حكم في المعاملات قد شرع لغاية أو مصلحة مرسومة له شرعاً هي أساس تشريعه .

ـ ويتفرع عن هذا، أنه لا يجوز أن يبتر الحكم عن غايته، أو يجرد عن المصلحة التي شرع من أجلها، أو أن يتخذ وسيلة إلى تحقيق غرض آخر، ينافي غرض الشارع فيما رسم له من غاية ومصلحة، ذلك، لأن الحكم، وحكمة تشريعه في التشريع الإسلامي، مقترنان، فكلاهما من وضع الشارع الحكيم، كما يقرر ذلك الإمام الشاطبي في عبارة واضحة صريحة، لا لبس فيها ولا إبهام: « إن كَوْنَ المصلحةِ مصلحةً تُقْصَدُ بالحكم، والمفسدة كذلك، مما يختص بالشارع، لا مجال للعقل فيه، بناءً على قاعدة نفي التحسين والتقبيح [2] »

---

(١) الموافقات ـ جـ ١ ص ٣ للامام الشاطبي، مقدمة الشيخ دراز .

(٢) إن كون التشريع الإسلامي مبنياً على مصالح العباد، أمر مجمع عليه، غير أن «المعتزلة» يجعلون « العقل » هو الحاكم بالحسن والقبح اللذين يترتب عليهما الثواب والعقاب في الآخرة، والشرع جاء مقرراً لذلك، وهو ما ينفيه جمهور المسلمين، لأن الشرع هو الحاكم، إذ لا حكم الا لله، وقضايا الشرع لا تتنافى وقضايا العقول .

فإذا كان الشارع قد شرع الحكم لمصلحة ، فهو الواضع لها مصلحة ، وإلا فكان يمكن عقلا ، ألّا تكون كذلك [١] .

– ولو جاز تجريد الحكم ، عما وضع له من مصلحة ، لكان الحكم غاية في ذاته ، والفرض غير ذلك ، لأن الحكم مغيا بالمصلحة ، وهو مجرد وسيلة اليها ، فكان اعتباره غاية في ذاته على خلاف وضع المشروعات ، فضلا عن أنه يناقض القضية المجمع عليها ، من اعتبار المصالح في الأحكام .
فالأحكام – كما يقول الامام الشاطبي – لم تشرع لأنفسها [٢] ، بل شرعت لمعان أخر ، هي المصالح .

– وينتج عن هذا أيضاً ، أن هذه المصلحة التي وضعها الشارع غاية للحكم [٣] ، إنما قصد الشارع تحقيقها عملا عن طريق الإمتثال والتنفيذ ، فإذا قصد المكلف تحقيق غرض آخر ، أو لزم عن تحصيل المصلحة المشروعة نتائج ضررية ، فقد وقعت المناقضة،ومناقضة قصدالشارع باطلة ، فما يؤدي اليها من العمل والتصرف باطل بالبداهة [٤] ، كما أسلفنا .

– ومقتضى هذا – أن تفسير النص ، أو تطبيق حكمه، أو استعمال ما ينشأ عنه من حق يجب أن يكون في ضوء حكمة تشريعه ، وإلا كان التعسف والمناقضة لقصد الشارع .

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣١٥ .
هذا – ويؤكد الإمام عز الدين بن عبد السلام هذا الأصل ايضاً بقوله : « أما مصالح الدارين، وأسبابها ، ومفاسدها ، فلا تعرف إلا بالشرع » .
– قواعد الأحكام – جـ١ ص ٨ .
(٢) الموافقات – جـ ٢ ، ص ٣٨٥ و ٣٨٧ .
(٣) إثباتاً لمعقولية الشريعة ، وتكويناً لقناعة المكلف ،حتى ينطلق المكلف في امتثالهلاحكام الله تعالى . وتنفيذه لها ، عن معقولية وقناعة ، أي عن إرادة حرة .
(٤) الموافقات – جـ ٢ ص ٣٢٨ – للإمام الشاطبي .

هذا ، ويصف الإمام الشاطبي « المصلحة » – وهي غاية الحكم التي شرع من أجلها ، أو الثمرة المرجوة من تطبيقه – بأنها « **تعبدية** » لا لينفي صفة « **المعقولية** » عنها ، بل ليؤكد أنها من وضع الشارع الحكيم أيضاً .

– فنتج عن ذلك بالضرورة ، أن **الحكم والمصلحة** التي شرع من أجلها ، **مقترنان** ، **وكلاهما شرع وقانون** ، **لأنهما كليهما** من وضع الشارع الحكيم ، كما رأيت .

– ومقتضى هذا أيضاً ، أنه لا يجوز أن يخالف الحكم عن حكمة تشريعه ، تفسيراً وتطبيقاً ، لأن الحكم وسيلة غايتها المصلحة المرسومة شرعاً ، ولا عبرة بالوسائل إذا لم تتحقق مقاصدها .

– بل تغدو هذه المصلحة المشروعة غير مشروعة إذا لزم عنها مفاسد مساوية لها ، أو راجحة عليها ، نتيجة لظرف من الظروف ، أو أثراً لباعث غير مشروع .

– وهذا ما أكده الامام الشاطبي فيما أسلفنا ، إذ يقول : « **ولا مصلحة تتوقع مطلقاً مع إمكان وقوع مفسدة توازيها ، أو تزيد عنها** »[1] .

– فإذا لزم عن تحصيل مصلحة الحكم أو الحق ضرر أشد ، أو مفسدة تربو على تلك المصلحة ، في ظرف من الظروف ، فلا يجوز تطبيق الحكم[2] ، ولا ممارسة الحق .

---

(١) الموافقات جـ ٣ ص ٢٥٧ .
– مسلم الثبوت – جـ ٢ ص ٢٦٤ لمحب الدين بن عبد الشكور وشرحه .
– وهذا في الواقع يرجع الى قواعد التنسيق التي تعتبر من موجهات العدل في الاجتهاد التشريعي من أن « درء المفاسد مقدم على جلب المصالح » في حالة اذا كانت المفاسد مساوية أو راجحة .
(٢) ونؤكد مرة أخرى أن إيقاف العمل بالحكم فترة معينة حتى يزول الظرف المؤثر في ذلك المآل ، ليس نسخاً للحكم ، ولا ابطالاً للدليل ، إذ لا يملك احد سلطة النسخ بعد الله ورسوله . بل يعود تطبيق الحكم اذا زال المؤثر في المآل الممنوع ، كما أسلفنا .

– أو بعبارة أخرى يمنع التسبب في ذلك

– إذ الضرر الراجح لا يشرع بوجه ما .

– كل ذلك للحيلولة دون الاعتساف الذي يعني منـــاقضة إرادة المشرع الحقيقية .

– والمناقضة هي علة البطلان أو المنع [1] .

– هذا ، والمناقضة ، إما أن تكون بين قصد الشارع من تشريع الحكم ، وبين قصد المكلف في التنفيذ والتطبيق ، وهي علة بطلان تصرفه، منعاً لتسببه في هذه المناقضة [2] .

---

(١) الموافقات – ج ٢ ص ٣٨٥ .

(٢) يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد : « قصد الشارع من المكلف ، أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع ».

– هذا ، وقصد الشارع في الحكم الجزئي قد يكون مصلحة يدل عليها النص الجلي لغة ، كما في دلالة النص ، من مثل قوله تعالى « ولا تقل لهما أف » ، وقد تكون منصوصاً عليها ، كقوله تعالى : « ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب » .

فالعلة المتبادرة في الآية الاولى ، هي الأذى في أقل مراتبه ، فيكون التسبب فيما هو أشد ، محرماً من باب أولى ، وهذا معنى مفهوم لا يفتقر إلى أكثر من الوسائط اللغوية .

– أما في الآية الأخرى ، فالعلة أو حكمة التشريع في القصاص ، هي « حياة الناس » التي تصان عن طريق حكم الاعدام الذي من شانه الردع والزجر .

– ومن مثل ذلك أيضاً ، قوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » فالعلة في حل انتفاع كل من المتعاقدين بمال الآخر ، هو التراضي ، وهي علة منصوصة صريحة كما ترى ، وهي شرع وقانون .

– على أن الغاية النوعية التي حددها الشارع لكل عقد مسمى في التشريع الإسلامي ، شرع وقانون أيضاً ، فلا يجوز اتخاذ العقد وسيلة ظاهرية لنقضها، أو تحقيق مصلحة أخرى هي مفسدة في ذاتها ، وتربو على الاولى ، وهذا يكون نتيجة باعث غير مشروع .

– هذا ، وثمة أحكام لا يمكن استخلاص عللها لتعرف المصالح التي بنيت عليها الا عن طريق الاجتهاد بالرأي بمسالك معروفة في علم الاصول .

– راجع الفلسفة الاصولية التي تنهض عليها « دلالة النص » في اصول التشريع الاسلامي ص ٣٥١ ـ للمؤلف ـ طبع جامعة دمشق سنة ١٩٧٧ م .

– وإما ان تكون المناقضة بين مآل التصرف ، أو النتيجة الواقعية له ، من حيث ذاتها ، – ولو كان القصد حسناً – وبين الأصل العام الذي قام عليه التشريع كله .

– إذ لاتتصور المناقضة بين جزئي وكلي .

– ومن هنا وجدت قاعدتا الاستثناء : الاستحسان – وسد الذرائع-إبان تطبيق القواعد العامة ، على الواقع المُعاش ، وهما من الأصول المعنوية العامة المستخلصة من نصوص جزئية شتى ، قد ثبت ان المشرع لا حظها في التشريع، وهذا هو الاستقراء الذي يفيد القطع واليقين .

– ولذا اتفق المحققون من الأصوليين على أصلهما [١] ، وإن كان الخلاف في مدى تطبيقها ، نتيجة لاختلافهم في أمر آخر هو تحقيق المناط [٢] .

– وهـذا يشير الى منشأ « نظرية التعسف » في التشريع الاجتهادي الفروعي الواقعي ، درءاً لسوء النتائج المادية في الواقع الاجتماعي،إبان التطبيق، من حيث ذاتها ، بقطع النظر عن البواعث النفسية .

– وبيان ذلك ، أنه اذا عجزت القاعدة النظرية العامة عن تحقيق العدل والمصلحة ، إبان تطبيقها على بعض جزئياتها ، لظروف ملابسة ، بحيث أضحى

---

(١) لا عبرة بمن لم يحتج بهما ، لأنهما خطتان تشريعيتان تؤكدان أصل المصلحة والعدل ، كما توثقان الأصل العام الذي قام عليه التشريع كله ، ومن هنا ، كان قول النافين خلافاً لا اختلافاً يعتد به .

(٢) الموافقات جـ ٣ ص ٢١٠ – للامام الشاطبي – وراجع المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي جـ ١ ص ٦٢٤ – للمؤلف .

حكمها[1] يفضي الى النقيض من مقصودها أو الغرض المرجو في أصل تسريعها، أو الى نتائج ضررية ، تستثني تلك الجزئية ليطبق عليها أصل آخر هو أجدر بتحقيق العدل والمصلحة إذ « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » .

– وهذا الأصل العام الذي أرساه الرسول– ﷺ – وتشهد له في التشريع كليات وجزئيات ، هو شامل بعمومه لنفي التشريع الاجتهادي الفروعي الضرري ، كما يشمل نفى الضرر الراجح الناتج عن سوء التطبيق الآلي غير المستبصر ، فضلا عن شموله لتجرم الضرر الراجح ايقاعاً أو وقوعاً . نتيجة لممارسة حق أو اباحة من تحيل المكلف .

– وقد ذكرنا أن الاجتهاد في التطبيق لا يقل خطراً أو أهمية عن الاجتهاد في الاستنباط .

– فالأصل العام أن الضرر الراجح ممنوع في الإسلام أياً كان منشئوه ، إذا كان بغير وجه مشروع ينهض به دليل خاص .

– ولأنه يتنافى وضابط المشروعات من اناطة الحكم سلباً وايجاباً بالمصلحة الراجحة .

– وقد أشار الامام ابن رشد في كتابه « بداية المجتهد » الى هذا **الملحظ** في « **قاعدة الاستحسان** » اذ يقول فيه : « انه – الاستحسان – التفات الى

---

(١) ونعني بالقاعدة العامة ، ما هو أعم من القضية الكلية التي ينطبق حكمها على ما يندرج تحتها من جزئيات ، أو الحكم الجزئي الذى يتسم بالتجريد والعموم، ومن الأول ، قاعدة « نفي الغرر » وتحريمه في المعاملات ، فاستثنى اليسير ، ومن الثاني : « التزوج بالكتابيات الأجنبيات » فإنه حكم جزئي يتسم بالعموم من حيث الأشخاص والأزمان ، فيمكن إيقاف تطبيقه في ظروف استثنائية – كظروف الحرب مثلا – لمصلحة راجحة ، أو دفعاً لضرر عام ، استثناء من عموم الازمان ، على النحو الذى الفينا في اجتهاد عمر بن الخطاب ، درءاً للنتائج الضررية المتعسفة التي لم يقصدها الشارع قطعاً . – اصول التشريع ص ٣٣ وما يليها – للمؤلف .

المصلحة والعدل »[1] ، والاستحسان هو الاستثناء من القواعد العامة والأقيسة .

– ولا ريب أن « المصلحة والعدل » هما قوام التشريع كله .

– كما أشار الى هذا الملحظ أيضاً الإمام مالك في قوله : « الاستحسان تسعة أعشار العلم »[2] .

– وأما « مبدأ سد الذرائع » فهو خطة تشريعية – وليس مصدراً مستقلا للتشريع – تسدد خطى المجتهد بالرأي ، أو تعصمه من الاعتساف في الفهم والتطبيق على الوقائع الجزئية المتجددة ، إذ ينزل بالقواعد المنطقية النظرية ، والأحكام الجزئية النظرية المجردة ، من أفقها المنطقي البحت ، الى الواقع الماثل بظروفه الملابسة ، فيعمل على المواءمة بين مقتضيات القاعدة النظرية المجردة والواقع المعاش ، كما ذكرنا . أو بعبارة أخرى ، يلتزم مقتضيات المصلحة والعدل ، ابان الاجتهاد، ولا سيما في التطبيق العملي ، ليكون في ضوئها ، درءاً لمظاهر التعسف في المآل .

---

(١) بداية المجتهد – ج ٢ ص ١٤٩ .

(٢) الاعتصام – ج ٢ ص ١٣٨ ، للشاطبي .

(١) راجع كتاب « مالك » للشيخ محمد ابي زهرة ص ٤١٩ وما يليها ، حيث يقول : « وإن اعتبار أصل الذرائع بسدها أو بفتحها ، على حد تعبير القرافي ، يعد من وجه ، توثيقاً لمبدأ المصلحة الذي استمسك مالك بعروته » .

– بل إن الإمام الشاطبي يرى أنه يمنع الفعل المشروع في الاصل ، إذا ادى إلى ضرر كثير ولو لم يكن غالباً ، ويعلل بذلك قوله : « الشريعة مبنية على الاحتياط،والأخذ بالحزم ،والتحرز عما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة » .

– الموافقات – ج ٢ ص ٣٦١ و ٣٦٤ .

– راجع تفصيلات التطبيقات لقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » في «جامع العلوم والحكم » لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٥ .

– وهذا ما أشار اليه بعض العلماء المحدثين بقوله : إن مبدأ سد الذرائع ، يوثق الاصل العام الذي قام عليه التشريع الاسلامي كله »[1].

– وهذا ضرب من النظر في المآلات . بلا ريب .

– إذن ، طبيعة التشريع الإسلامي نفسه ، وبنيته الذاتية ، من حيث أصله العام ، ومن حيث مفهوم الحق فيه ، ومن حيث الأصول العامة اللفظية والمعنوية التي تمثل الخطط التشريعية في الاجتهاد ، هي منشأ نظرية التعسف .

– وإذا كان « درء التعسف »[2] يتخذ في كثير من الأحوال مظهر « المواءمة » بين مقتضى القاعدة النظرية العامة ، وبين مقتضيات ظروف التطبيق ، فإنّ هذا التشريع ، قد ملك – بفضل ذلك – مرونة عجيبة ، في إمداد الحياة بحكم الدين ، مهما اختلفت الظروف وتغايرت الحضارات ، أو تبدلت بالناس الحياة ، وذلك سرّ خلوده .

– على أن التطبيق السليم الذي ينأى بنتائجه عن التعسف ، قد يفتقر الى الخبرة العلمية أو الفنية المتخصصة ، وحينئذ يجب الاستعانة بها ، كلما اقتضت الحاجة ذلك ، لأنها أضحت من مقومات العدل والمصلحة المعتبرة شرعاً .

– وهذا مظهر من مظاهر الصلة الوثقى بين التشريع الإسلامي والتقدم العلمي والحضاري .

– وأيضاً مما يشير الى منشأ « نظرية التعسف » هو أن أحكام التشريع إذا

---

(١) كتاب « مالك » للشيخ أبي زهرة ص١٩ ، وما يليها .

(٢) انظر حالات درء التعسف عند تعارض المصالح الفردية فيما بينها ، وتعارضها والمصالح العامة ، الموافقات – ج ٢ ص ٣٤٨ .

كانت رحمة [1] ، وخيراً لعباده [2] ، وعدلاً [3] ، فإن المصلحة التي وضعها الله تعالى غاية لكل حكم من هذه الأحكام ، بل ما شرعه إلا وسيلة لتحقيقها ، هي رحمة ، وعدل وخير من باب أولى ، لسبب بسيط هو أن المقاصد والغايات أولى بالاعتبار من الوسائل بالبداهة .

– وقد أكد الامام الشاطبي ضرورة أن يكون الفعل أو التصرف مطابقاً لقصد المشرع ظاهراً وباطناً ، أو مادة وروحاً و مقصداً ، وحينئذ يكتسب الفعل صفة المشروعية ، وإذا خالف الظاهروالباطن ، – المصلحة – فالفعل يغدو غير مشروع ، إذ يقول في جلاء ووضوح :

« ولما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد ، كانت الاعمال معتبرة بذلك ، لأن مقصود الشارع فيها ، كما تبين ، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه ، على أصل المشروعية ، فلا إشكال ، وإن كان الظاهر موافقاً ، والمصلحة مخالفة ، فالفعل غير صحيح ، وغير مشروع ، لأن الأعمال الشرعية غير مقصودة لأنفسها وإنما قصد بها أمور أُخَرُ هي معانيها ، وهي المصالح التي شرعت لأجلها ،

---

(١) « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » .

(٢) « فاستبقوا الخيرات » والمبادرة الى الخيرات إنما تكون بالمبادرة إلى أسبابها ، وهي العمل بالأحكام الشرعية ، فعبر بالمسبب عن السبب .

(٣) « وما ربك بظلام للعبيد » « وما الله يريد ظلماً للعباد » « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات ، وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط » « إن الله يأمر بالعدل والإحسان » « وما جعل عليكم في الدين من حرج » .

– ويقول تعالى أيضاً : « وما خلقنا السموات والأرض وما بينهما لاعبين ، ما خلقناهما إلا بالحق » .

– فإذا انتفى عن التشريع صفة التحكم ، والظلم ، والقهر ، والضرر ، والحرج ، والعبث ، فلم يبق الا الرحمة والعدل والمصلحة ، والحكمة ، والخير .

فالذي عمل في ذلك على غير هذا الوضع ، فليس على وضع المشروعات »[1] .

– وهذا بيّن لا يفتقر الى إيضاح .

مفهوم العدل في الاسلام ليس فكرة فلسفية خيالية مجردة خارجة عن أحكام التشريع ومقاصده

– إذا ثبت هذا – وهو ثابت كما رأيت – فإن « مفهوم العدل » في الإسلام لم يكن فكرة فلسفية خيالية مجردة خارجة عن أحكام التشريع ومقاصده ، تستوحى منها الأحكام للوقائع الجزئية المتجددة حين يعوز النص ، على النحو الذي ألفينا في التشريع الوضعي [2] ، بل «مفهوم العدل » في التشريع الإسلامي ، يتمثل في « المصلحة » فردية كانت أم عامة ، [3] ، لانها « المقصد » الذي توخاه الشارع من تشريعه للحكم الشرعي ، والشارع لا يصنع ، ولا يتوخى ما كان جوراً أو ضرراً أو مفسدة .

– وبذلك يبدو جلياً ، أن « العدل » في الاسلام ، معنى مندمج في تشريعه حكماً ومقصداً .

– وهذا ملحظ قوي يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار ، ان في الاستنباط أو التطبيق على السواء .

– وهو عين ما فهمه علماء المسلمين ، منذ القدم ، فالإمام العز بن عبد

(١) الموافقات – جـ ٢ ص ٣٨٥ و ٣٨٧ .

– ويقصد بالباطن ، روح النص وحكمة تشريعه واقعاً .

– ومن هنا ، كان (للباعث) أثر في صحة التصرف وبطلانه ، حسبما يكون مشروعاً أو غير مشروع – وهذا يقضي على قصد التحايل على قواعد التشريع .

(٢) إذ يحيل المجتهد على فكرة القانون الطبيعي إذا لم يجد نصاً في الواقعة المعروضة .

– راجع المادة الأولى من القانون المدني السوري .

(٣) والمصلحة العامة ، لشمول نفعها ، وعظم خطرها ، تمثل « العدل » في أقوى صوره في التشريع الإسلامي . ولذا كان من قواعد التنسيق بين المصلحة الخاصة والعامة عند التعارض المستحكم ، أن « المصلحة العامة مقدمة » وأن تقديم الخاصة على العامة ، ظلم فادح لا يجوز المصير إليه بحال ، بل هو أشد صور التعسف ظهوراً كما في الاحتكار مثلاً .

– الموافقات – جـ ٣ ص ٢٥٧ وما يليها .

السلام ، يلتفت الى ذلك ، إذ يقول: «ومن تتبع مقـــاصد الشرع ، في جلب المصالح ، ودرء المفاسد ، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان ، بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها ، وان هذه المفسدة لا يجوز قربانها ، وان لم يكـن في ذلك نص ، ولا إجماع ، ولا قياس خاص ، فـــإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك [1] » .

– ونفس الشرع يوجب ذلك ، لأنه العدل بعينه ، فالمصلحة المعتبرة اذن مبنى العدل في الحكم ، ولو لم يرد نص ، ولا انعقد اجماع ، ولا أمكـن اجراء قياس خاص ، في المسألة المعروضة .

– ويقول ابن القيم مؤكداً هذا المعنى : « فحيثما وجدت المصلحة ، فثَمَّ شرع الله ودينه » .

– ولا جرم أن شرع الله ودينه هو العدل بعينه .

– أو بعبارة أخرى ، إن « المصلحة » المعتبرة شرعاً ، اذا تحققت في أيـة واقعة ، فهناك شرع الله ودينه ، أي تحقيق العدل الإلهي .

– وقد أشرنا آنفاً ، الى أن الامام ابن رشد يفسر مبدأ الاستحسان –وهو أنجع خطة تشريعية لدرء التعسف في الاجتهاد، وللحيلولة دون الإفضاء الى سوء النتائج – بأنه « التفات الى المصلحة والعدل » [1] كما ذكرنا .

– واذا لاحظنا ان من « سند » الاستحسان ودليله هو المصلحة أدركنـا في يُسر ، أن المصلحة هي أساس العدل ، وأن العدل هو المسوّغ للاستثناء [2].

---

(١) قواعد الاحكام – جـ ٢ ص ١٦٥ .

(٢) بداية المجتهد – جـ ٢ ص ١٥٤ .

– راجع في كل ذلك كتابنا – « أصول التشريع الإسلامي ، ومناهج الاجتهـاد بالرأي » ص ٥٩ وما يليها – طبع جامعة دمشق – سنة ١٩٧٧ م .

– راجع كتابنا « المناهج الاصولية » جـ ١ ص ٦٢٦ وما يليها – طبع دار الرشيد – سنة ١٩٧٦ م .

– المرجع السابق – ص ٦٢٤ وما يليها .

– وعلى هذا ، فمفهوم العدل في الاسلام – فضلا عن مثاليته – واقعي وعملي ، بحيث يوثق صلة الحياة بالإسلام تشريعاً على أفضل ما يكون للناس من مصلحة ، وأقوم ما ينشدون من عدل .

– هذا وتبدو «عبقرية» التشريع الإسلامي في هذا التوفيق بين المثالية والواقعية توفيقاً مُحْكَماً ، فلا هو ينحو الى مثالية تحلق في آفاق من التفلسف المحض ، أو تهوّم في سُبُحات من التأمل المجرد البعيد عن الواقع ، بحيث يجعله مستعصياً على الفهم والتطبيق ، ولا هو يُخْلِدُ الى الواقع على علاته ، لا لشيء ، الا لكونه ممكناً ، بل نراه – كما رأيت – يوائم بين ما يقتضيه هذا الواقع المعاش ، وبين ما ينشد الإسلام من مثالية في المصلحة والعدل ، فيرتقي بالواقع ارتقاء ممكناً يقربه الى المثالية زلفى [1] .

– وعلى هذا ، كان مآل التطبيق ذا مساس بأصل العدل في التشريع ، فالأفعال محكومة بنتائجها ، سلباً وإيجاباً ، وهذا ما أشار اليه الإمام الشاطبي في أجلى عبارة «النظر في مآلات الأفعال ، معتبر مقصود شرعاً ، سواء أكانت الأفعال موافقة – مشروعة – أم مخالفة – غير مشروعة..» [2]

– كل ذلك تجنباً للمآل الممنوع .

– وانما تبدو صلة المآل بأصل العدل في أقوى صورها ، فيما اذا كان المآل ضرراً راجحاً ، أو حرجاً بالغاً غير معتاد ، سواء أكان ناشئاً عن ممارسة حق أم إباحة ، أم كان نتيجة لازمة [3] تلقائية ، لاجتهاد تشريعي فروعي في وقائع معروضة .

---

(١) اصول التشريع الإسلامي – ص ٣٦ و ٤٨ و ٥٠ و ٦٠ – للمؤلف .

(٢) الموافقات – جـ ٤ ص ١٩٤ – وما يليها .

(٣) راجع مسلم الثبوت – جـ ٢ ص ٢٦٤ – لمحب الدين بن عبد الشكور مع شرحه .
– حيث يبحث هذه القضية تحت عنوان : «هل تنخرم مناسبة الوصف لمفسدة تلزم ، مساوية أو راجحة» .

- ذلك لأن الشارع الحكيم لا يقصد الى مثل هذا قطعاً [١]، لسبب بسيط هو كونه منافياً للأصل العام الذي قام عليه تشريعه كله ، من جلب المصالح ، ودرء المفاسد [٢] .

- وهذه المنافاة هي الاعتساف بعينه .

معايير نظرية التعسف شاملة للحقوق والحريات العصمة والحرية والمالكية

- ويترتب على هذا ، أن معايير نظرية التعسف - كما رأيت - لا تقتصر على « الحقوق والاباحات » أو ما يطلق عليه - الحريات العامة - كما هو الشأن في بعض القوانين الوضعية ، ترسم دستوراً لممارستها ، بل يتسع مجالها ، ليشمل - الى ذلك - « الخطط التشريعية » في الاستنباط والتطبيق [٣] على السواء ، يلتزم بها المجتهد ، ليدرأ ما عسى أن يسفر عنه اجتهاده من نتائج [٤] لا تتفق والأصل العام الذي قام عليه التشريع كله ، من اعتبار المصالح في الأحكام ، واناطة الأحكام بالمصلحة الراجحة .

---

(١) أصول التشريع الاسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي - ص ٢٩٣ - للمؤلف .

(٢) راجع بحثاً مستفيضاً في « الاجتهاد بالرأي وصلته بمفهوم العدل » أصول التشريع الاسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي » - ص ٣٣ وما يليها - للمؤلف - طبع جامعة دمشق - ١٩٧٧ .

(٣) ذهب بعض القوانين الوضعية ، وبعض فقهائها ، إلى جعل مجال تطبيق نظرية التعسف مقصوراً على الحقوق بالمعنى الخاص ، فلا يشمل « الحريات العامة » ولا نرى مسوغاً لهذه التفرقة ، لأنه إذا كان أصل النظرية قائماً على أساس معالجة الواقع في ضوء مفهوم العدل ، فإن العدل لا يتجزأ .

- أصول القانون - ص ١٣٦ - للدكتور حسن كيره . الوسيط - ج ١ للدكتور السنهوري
- النظرية العامة للحق ص ١٦٦ - للدكتور اسماعيل غانم .

(٤) والواقع أنه في حال ما اذا لزمت مفاسد راجحة عن تحصيل المصلحة المقصودة ، فقد تعارض مآلان ، المآل الأصلي للفعل . ومآل المفسدة الراجحة اللازمة ، فيمنع الفعل نظراً لهذا اللازم الممنوع ، لأن الاذن بالفعل حينئذ لا يتفق وضابط المشروعات ، اذ المعهود في الشرع ان يناط الحكم سلباً وايجاباً بالراجح ، أو بعبارة أخرى : تعارضت مصلحة الأصل مع مفسدة المآل
- راجع الموافقات - ج ٢ ص ٣٤٨ وما يليها .

- وجملة النتائج التي يمكن استخلاصها بناء على ما تقدم .

أولا : لا يجوز استعمال الحق بمعناه الشامل للاباحة ، في غير ما شرع له من غاية أو مصلحة مرسومة شرعاً ، لأنه يناقض أصل العدل في التشريع على ما بينا .

ثانياً : وجوب اقامة « التوازن » بين المصالح الفردية المتضاربة ، ولو كانت في الاصل مشروعة ، وناشئة عن حق ، وترجيح ما هو أكثر نفعاً ، لأنه أولى بالرعاية ، انسجاماً مع الأصل العام في التشريع ، من أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ، أي في حالة ما اذا كانت المفاسد اللازمة مساوية أو راجحة [1] .

ثالثاً : وجوب تقديم المصلحة العامة ، حالة تعارضها والمصلحة الفردية ، واستحالة التوفيق [2] من باب أولى .

- وإنما وجب المصير الى التوفيق أولاً ، لأنّ كلاً من المصلحتين معتبر مقصود شرعاً ، ولا يجوز اهدار احدى المصلحتين على حساب الأخرى دون مسوغ ، لان اعتبار كل منهما على حدة، كما أسلفنا ، وعلى قدم المساواة ، عدلٌ .

- حتى اذا استحال التوفيق ، وجب اناطة الحكم بالمصلحة الراجحة، وهي هنا المصلحة العامة بالبداهة ، جرياً على مقتضى ضابط المشروعات، مع التعويض

---

(١) راجع الحالات التي تتضارب فيها المصالح الفردية ، في كتاب الموافقات - للإمام الشاطبي، بدءاً من قوله : جالب المصلحة أو دارىء المفسدة » ... وكيف ينسق بينها على نحو يتفق ومقتضى العدل ، تنسيقاً ينم عن سعة أفق ، ودقة فهم لأسرار الشريعة ومقاصدها .

- الموافقات - ج ٧ ص ٣٤٨ وما يليها ،

(٢) والمصلحة العامة ، تمثل العدل في اقوى مظاهره ، لسبب بسيط ، هو أن اهدارها ضرر كبير ، بل يرجع على كل مصلحة فردية ، بما لا يقاس ، فكانت الحيلولة دون ايقاع هذا الضرر من صميم العدل في الاسلام ، وهو ما يقتضيه العقل والدين .

العادل للمصلحة الفردية المهدرة ، درءاً للتعسف ما أمكن .

– هذا ، والمصلحة العامة تمثــل العدل في أقوى مظاهره، والا لما وجب تقديمها بالاجماع ، لاتفاق الاصوليين والفقهاء على أن التشريع الاسلامي قائم أساساً على نوعين من الحقوق :

الاول : حق العبد – حق الانسان الفرد .

الثاني : حق الله – حق المجتمع [1] .

– وهذان النوعان من الحق ، همـا وسيلتا تينك المصلحتين الجوهريتين : الفردية والعامة .

– وتأسيساً على هذا، فإن مركز الانسان الفرد، ملحوظ في هذا التشريع، مـن حيث العصمة والحرية والمالكية وذلك صدى لاعتبار شخصيته الانسانية الكاملة .

– غير أنه ينبغي ان يُلاحظ ان اعتبار المصلحتين معاً ، واجب ، وعدل، ما دام لا يقع تعارض بينهما ، والا فانه اذا استحكم هـذا التعارض ، وجب اعتبار المصلحة الفردية في اطار المصلحة العامة دائماً ، حتى أضحى مـن المقررات الشرعية المعتبرة ان « الضرر الخـاص يُتَحمّل في سبيل دفع ضرر

---

(١) راجع امهات كتب الاصول في بحث « الحكم » .

– وقد قدرت أن هذا الحق المزدوج هو فيصل التفرقة الجوهري ، بين التشريع الاسلامي ، والتشريعات الأخرى المتطرفة يميناً أو يساراً .

(٢) المقصود بالعصمة ، عصمة نفسه ، وماله ، وعرضه .

– وبالحرية : الحريات العامة ، من حرية التملك ، وحرية الرأي ، وحرية المسكن وحرية التنقل ... الخ .

– وأما المالكية ، فهي صفة كونه أهلاً لأن يكون مالكاً ، وان تحترم ملكيته إذا كانت بطريق مشروعة ، وهذه الاصول الثلاثة ، تعتبر من النظام الشرعي العام .

– اصول التشريع الاسلامي – ص ٢٨٠ وما يليها – للمؤلف .

عام [1] » وان « المصلحة العامة [2] مقدمة » كما أسلفنا .

رابعاً : ان الحكم الشرعي – وهو منشأ الحق – معلل بالمصلحة التي وضعها الشارع غاية لتشريعه .

– وعلى هذا فالحكم الشرعي غائي يستهدف تشريعه غرضاً مرسوماً ، فلا يجوز تجريده منه أو اعتسافه في العمل والتطبيق ، حتى لا تكون « المناقضة » بين قصد الشارع وقصد المكلف ، والمناقضة هي عين « التعسف » . والتعسف هو علة بطلان التصرف ، ولو كان في الاصل مشروعاً .

– هذا ، وتحقيق المصلحة التي وضعها الشارع تمثل العدل مجسداً .

– خامساً : اذا أفضى تطبيق الحكم – في ظرف من الظروف – الى مفسدة تربو على ما وضع له من مصلحة ، منع التسبب في ذلك ، ولو كان القصد حسناً ، دَرْءاً للتعسف ، لان العبرة بالمآلات .

– وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي : « إيقاع السبب ، بمنزلة ايقاع المسبَّب ، قصَدَ ذلك المتسبب أو لا : لانه لما جعل مُسبَّباً عنه ، في مجاري العادات [3] ، عدَّ كأنه فاعل له مباشرة [4] . »

---

(١) المجلة / مادة / ٢٦ .

(٢) الموافقات – جـ ٤ ص ٢٠٠ وما يليها .

– هذا ، ويطلق الإمام الشاطبي على « المصلحة العامة « جهة التعاون » ويقيم الادلة من الكتاب والسنة ، والمعقول ، على ترجيح المصلحة العامة عند تعذر التوفيق بينها وبين المصلحة الفردية ، والحق ، أن هذا التقديم يرسي مبدأ هاماً في التشريع الاسلامي ، هو مبدأ التضامن أو التكافل الملزم بين الفرد والمجتمع ، إذ لا معنى للتعاون » الا هذا .

– الموافقات – جـ ٣ ص ٢٥٨ وما يليها .

(٣) المعيار موضوعي كما ترى ، لا شخصي ، أي في نظر الشخص العادي ، لا المتسبب خاصة .

(٤) الموافقات – جـ ٣ ص ١٤٩ .

– أصول التشريع الاسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي ص ٢٠ – للمؤلف .

- ومن هنا كانت اقامة« التوازن » بين المصالح الفردية المتضاربة، والتوفيق بينها، وترجيح ما هو أكثر نفعاً، أو أدفع ضرراً، من أصول العدل، وموجباته، لانه ثبت بالاستقراء، ان هذا هو ضابط المشروعات.

سادساً: وتأسيساً على اعتراف التشريع الإسلامي بحق الفرد، وحق المجتمع، على سواء، واعتبارهما كليهما، « القيمة المحورية » للتشريع الاسلامي، بل قوام النظام الشرعي العام [1] فيه، وما يلزم عن ذلك، من أقراره لغايتيهما من المصلحة الفردية، والمصلحة العامة، كمصلحة جوهرية مستقلة عن المصالح الفردية، وما لزم عن ذلك أيضاً من وجوب اعتبار المصلحة الفردية في اطار المصلحة العامة، دفعاً للتناقض، وتحقيقاً لجهة التعاون، تميّز هـذا التشريع بـبـنـيته الذاتية، عن سائر التشريعات الوضعية التي تتسم بالتطرف نحو اليمين او اليسار، في اصل تشريعها، وان اخذت في الآونة الأخيرة تكفكف من غلواء هذا التطرف، نتيجة لمواجهتها للواقع ولإحساسها بمقتضيات العدالة [2]، على نحو يقربها - الى حد ما، وعلى تفاوت - من اصل النظر في التشريع الإسلامي، من حيث اساس« فكرة الحق » فيه، فثبت بما لا يدع مجالاً للشك أن هذا التشريع الإلهي لم يكن وليد التطور، ولا صدى للارادة الانسانية

---

(١) أصول التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي ص ٢٥٦ - للمؤلف.
- المناهج الأصولية ص ٢٤٠ للمؤلف.

(٢) أشرنا آنفاً إلى أن الفقه الاسلامي قد استنبط قواعد للتنسيق بين المصالح المتضاربة، دراً للتعسف، وتجنباً للإخلال بمقتضى البنية الذاتية للتشريع الإسلامي التي تمثل النظام العام فيه، من مثل:
- « الضرر الخاص يتحمل في سبيل دفع ضرر عام » مادة ٢٦/ المجلة.
- ومن مثل« الضرر الأشد يزال بالأخف » مادة /٢٧ المجلة.
- ومن مثل « يختار اهون الشرين » مادة /٢٩ المجلة.
- ومن مثل «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح » أي اذا كانت المفاسد مساوية أو راجحة الاشباه والنظائر - ص ٧٩ للسيوطي.

المتغيرة ، بما يعصف بها من نوازع وأهواء ، « ولو اتبع الحق أهواءَهم لفسدت السموات والارض » .

– لذا ، كانت « نظرية التعسف » عريقة في التشريع الاسلامي ، وجدت مُذ كان ، لاتصالها بأصل فكرة الحق والمصلحة والعدل فيه ، كما رأيت .

– ومن ثَمّ ، كانت منبسطة الظل على كافة الحقوق فيه ، ومن معاييرها الخطط التشريعية التي يلتزمها المجتهد ابان مواجهة الواقع بقواعد التشريع النظرية ، بما ترسم من دستور يعصم من التنكب والاعتساف ، في حين لم يعرف هذه النظرية الفقه والتشريع الوضعيان ، إذ لم تسعف الفلسفة التي يقوم عليها أصل الحق فيها على نشوء هذه النظرية ، لسبب بسيط ، هو هذا التطرف الذي مني بها اليسار أو اليمين ، من حيث إنّ أحدهما أنكر حق الفرد ، ومركزه في التشريع ، وتجاهل الآخر حق المجتمع ، واطلق للفرد الحقوق [1].

– والتطرف تعسف في ذاته .

– فاذا كان التعسف هو أساس تلك التشريعات ، فكيف يتصور وجود نظرية تدرؤه ؟

– لا يتصور ذلك ، لانه يعود على أساس التشريع بالنقض .

– وهكذا يبدو لك في جلاء أن « عبقرية التشريع الاسلامي » آيةٌ من آيات سماوية هذا الكتاب العزيز المعجز ، مصداقاً لقوله تعالى : « سنريهم آياتنا في الآفاق . وفي أنفسهم . حتى يتبين لهم انه الحق » .

---

(١) أما التشريع الاسلامي ، فلا يتجاهل أياً من مكونات الواقع ، لانه يرى أن الاعتراف بالحقين معاً ، وبمصلحتيهما ، عدل .

– ومن هنا كان الخلاف جذرياً ، لأنه يتعلق ، بمفهوم الحق . وبمفهوم العدل . بل وببنية التشريع كله . أو بالقيمة المحورية التي تدور عليها أحكامه . اصولاً وفروعاً . على ما أسلفنا .

– وختاماً . فان مما تجدر الاشارة اليه ، في هذه المقدمة للطبعة الثانية أن هذا الكتاب – بما هو ثمرة لجهد علمي – استغرق ست سنوات تقريباً من التفرغ ، اذ كان اطروحة الدكتوراة التي نالت درجة الامتياز بمرتبة الشرف – قد تولت طباعته جامعة دمشق ، على نفقتها الخاصة ، ومن ثم لم تتح له فرصة التوزيع ، بل بقي الانتفاع به مقصوراً على المحيط الجامعي ، اذ قررت منه موضوعات في كليتي الحقوق والشريعة ، من الجامعة المذكورة ، كما تقررت موضوعاته . في جزأيه . منهجاً لدراسة الفقه المقارَن . في الدراسات العليا ، قسم الدكتوراة ، في كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، طوال ثلاث سنوات تقريباً ، بدءاً من سنة ١٩٧١ – ١٩٧٤ . ابان فترة اعارتي استاذاً للتدريس فيها .

– ونحن اليوم نعيد طبعه بعون الله تعالى . بعد نفاد طبعته الأولى . منذ سنوات ، بناء على الحاح أهل العلم وطلابه ، ليصبح في متناول مراكز العلم في العالم العربي والاسلامي ، والمتخصصين في الدراسات التشريعية الاسلامية بوجه خاص ، والمثقفين والمخلصين لشرع الله المؤمنين بسماوية رسالته، والمنْصفين من الباحثين حيثما كانوا .

– وأسأل الله تعالى لنفسي . ما يسأل كل مؤمن صادق صابر . ان يجعل هذا الجهد خالصا مخلصا لوجهه الكريم · لإعلاء كلمته . وخدمة شريعته . والله ولي التوفيق .

دمشق الجديدة سنة ١٣٩٧ هـ

الموافق ١٩٧٧/٥/٧ م

المؤلف

الدكتور فتحي الدريني

استاذ الفقه المقارن . وأصول الفقه الاسلامي في كليتي الحقوق والشريعة – من جامعة دمشق


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com



الباب الأول

نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي



تمهيد في فلسفة التعسف كما يراه الاصوليون

بينا أن الفقه الاسلامي نظر الى الحق نظرة اجتماعيــة ، فقيد التصرف في الحق ـ كسباً وانتفاعاً ـ بالنسبة الى صاحبه ، وبالنسبة الى الغير ، فرداً كان أم جماعة ، بقيود مؤداها المحافظة على مقصود الشرع ، والمحـافظة على حق الغير ، وهو ـ كما قلنا ـ حق الله في كل حق فردي، فمنع الاعتداء الحقيقي المجاوز لحدود الحق[1]، كما منع التعسف داخل حدود الحق، اذا افضى الى الاخلال بمقصود الشرع والمحافظة على حق الغير ؛ لاتحاد العلة أو المآل. ويرشدنا الى منع التعسف اشارة الاصوليين في تفصيلهم لمراتب الضرر الناشئة عن استعمال الحقوق والاباحات، فمن ذلك قول الامام الشاطبي: «وأيضاً ففي العادات ـ وهي الحقوق والاباحات ـ حق لله تعالى من جهة وجه الكسب والانتفاع؛ لان حق الغير محافظ عليه شرعاً ايضاً، ولا خيرة فيه للعبد ، فهو حق الله تعالى صرفـاً في حق الغير ، حتى يسقط حقه باختياره، في بعض الجزئيات لا في الامر الكلي، ونفس المكلف أيضاً داخلة في هذا الحق ؛ اذ ليس له التسليط على نفسه، ولا عضو من أعضائه بالاتلاف[2]».

ويقول في موضع آخر مشيراً الى اساس الحق والاباحة :

---

(١) أعم من أن يكون حقا أو اباحة .

(٢) اي فليس كل حق للفرد يجوز له اسقاطه ، فالحق الفردي الذي لله فيه حق خالص لايسقط باسقاط الفرد ، كحق الحياة ، اما الحق الذي للفرد فيه حق مغلب فله اسقاطه ، كابراء المدين من الدين كلا أو بعضا ، ذلك؛لانه لايتعلق باسقاط الاول مقصد شرعي ، بخلاف الثاني ، لان في التصدق على المعسر مصلحة ظاهرة ندب الشرع اليها ، الموافقات جـ ٢ ص ٣٢٢ ، المرجع السابق ٣٤٨ .

«جلب المصلحة او دفع المفسدة **اذا كان ماذونا فيه** على ضربين: احدهما، ان لا يلزم عنه اضرار الغير، والثاني، ان يلزم عنه ذلك، وهذا الثاني ضربان: احدهما ان يقصد الجالب او الدافع ـ وهو صاحب الحق او الاباحة ـ ذلك الاضرار.. والثاني: ان لا يقصد اضراراً بأحد وهو قسمان ... الخ.

وهكذا نرى الاصوليين لا يقتصرون في المحافظة على حق الغير، ومقاصد الشرع، على منع الاعتداء مباشرة او تسببا؛ بل يمنعون التعسف الذي يستند الفعل فيه الى حق او اباحة، اذا ادى الى ذلك، لوحدة العلة او المآل.

وهذه النصوص التي نقلناها عن الامام الشاطبي الاصولي المحقق، تفيد تقييد الحق الشخصي ـ من حيث الباعث او القصد، ومن حيث المآل ايضاً، بقطع النظر عن القصد ـ بحيث لا يخل بالمحافظة على مقصود الشرع، وبالمحافظة على حق الغير، بل نجد استعمال الحق مقيداً بالشريعة بالنسبة الى صاحب الحق نفسه ـ كحق الحياة او الحق في سلامة جسمه واعضائه ـ فلله تعالى حق خالص على الفرد مباشرة في هذه الامور، بقطع النظر عن افراد آخرين، فاذا كان للفرد حق الحياة والمحافظة عليها، والاستمتاع بها، فليس ذلك حقاً[1] خالصاً له؛ بل يشركه فيه حق الله تعالى، وهو حق الاستعباد «وما خلقت الجن والانس إلا ليعبدون» ولان ازهاق النفس في غير مقصد شرعي امر محرم لا يستقيم معه امر الحياة، ويتنافى مع القول باعتبار المصالح في الاحكام؛ ولذا لا يجوز للفرد اسقاطه؛ لانه يؤدي الى اسقاط حق الله تعالى، فلا يجوز الانتحار مثلا، كما لا يجوز تعريض الفرد نفسه للفتن والهلاك او التسليط على نفسه او اي عضو من اعضائه بالاتلاف، ولا نرى لهذا الحكم مثيلا في القوانين الوضعية؛ فلم يفكر المشرعون الوضعيون حتى اليوم بتقييد الفرد في التصرف في حق نفسه.

وكذلك المال فهو جار على هذا الاسلوب؛ فلا يجوز للفرد ان يفسد مال

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٢٢ و ٣٢٣.

مثلا دون مقصد نفسه شرعي ، وكذلك كل الضروريات من عقل ونسل .
يقول الامام الشاطبي في هذا الصدد« واما المال فجارٍ على هذا الاسلوب ، فانه اذا تعين الحق للعبد فله اسقاطه ، وقد قال تعالى : « فان كان ذو عسرة فنظرةٌ الى ميسرة وان تصدقوا خير لكم ،ان كنتم تعلمون »بخلاف ما اذا كان في يده، فاراد التصرف فيه واتلافه في غير مقصد شرعي يبيحه الشارع فلا[1] .. » .

واذا كان حق الحياة من الحقوق العامة او الحريات العامة ، فالمال من الحقوق الخاصة ، اعنى حق الملكية ، وكلاهما مقيد .

هذا ، واذا كان الله تعالى قد منح الفرد حق الانتفاع بالطيبات على سبيل الاختصاص ،كما في حق الملكية،أو على سبيل الشركة العامة ، كما في الاباحات، فليس ذلك الحق مطلقا ؛ بل مقيد بما سن له الشارع ورسم ، حتى لايكون فيه اعتداء على حق الغير .

ويقول الشيخ دراز معلقاً على قول الامام الشاطبي : «الثاني ،أي من حقوق العبد في العادات ـ جهة اخذه النعمة على اقصى كمالها فيما يليق بالدنيا،لكن بحسبه في خاصة نفسه.. الخ » فانتفاع العبد بالطيبات من النعم جعله الله حقاً من حقوقه بحسب ماهيأه الله من ذلك ، كما قال « قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق قل هي للذين آمنوا » فجعل ذلك حقاً له لكن لامطلقا؛بل حسبما[2] سن له ورسم، حتى لايكون فيه اعتداء على حق الغير .

هـذا ولا تعني المحافظة على حق الغير مجرد منع الاعتداء عليه ، بطريق المباشرة او التسبب مع التعدي ، كما قلنا ، وذلك بتجاوز الشخص حدود حقه الموضوعية؛لان هذا امر مسلم في جميع الشرائع؛بل تعني ايضاً المحافظة على حق الغير ابان استعمال الشخص لحقه ، اي بعدم التعسف فيه ، كما اشار اليه الامام الشاطبي في عرضه لحالات الضرر[3] .

---

(١) المرجع السابق ص ٣٧٧ .
(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٢٢ ، المرجع السابق .
(٣) الموافقات جـ ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها .

نخلص من هذا الى ان الفقه الاسلامي لم ينظر الى الفرد كوحدة مستقلة عن المجتمع ، كما لم ينظر الى حقوقه على أنها غاية في ذاتها ، بل اعتبر الفرد وحدة انسانية تعيش في اطار اجتماعي ، وترتبط بغيرها ممن يشاركونها هذا العيش برباط المصالح المتبادلة ، والهدف المشترك ، او بعبارة اخرى باعتباره فرداً اجتماعياً ، وهذه الصفة المزدوجة من الفردية والاجتماعية ، تنعكس بالضرورة على حقوقه ، فتنفي عنها صفة الفردية المطلقة لتقيدها بما يحقق المعنى الاجتماعي فيها ، كما تنفي عنها الصفة الجماعية المحضة ؛ لان في ذلك اهدار الصفة الاخرى وهي الفردية ، وقد حرص الفقه الاسلامي على ابقاء هذه الصفة المزدوجة في الحق ، بدليل ما تقضي به في قواعده من التنسيق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة عند التعارض ؛ رعاية للحقين معاً ما امكن ، والمعنى الاجتماعي تجده في تحريم استعمال الفرد حقه بقصد الاضرار بغيره من افراد المجتمع ، او استعماله على نحو ينجم عنه اضرار فاحشة بغيره ، ولو بدون قصد منه ، او أن يتخذ من حقه ذريعة لتحقيق اغراض غير مشروعة ضارة بالمجتمع ، من تحليل محرم او اسقاط واجب .

واذا كانت المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية هما غاية الفقه الاسلامي ، وهي - كما ترى - غاية مزدوجة [1] ، فقد شرع الفقه الاسلامي الاحكام - وهي مناشيء الحقوق والاباحات - وسائل ؛ لتحقيق تلك الغاية المزدوجة .

نقطة البدء في نظرية التعسف تنطلق من الصفة المزدوجة للحق :

ونقطة البدء في نظرية التعسف تنطلق من هذا المعنى ، وهو ان الحقوق ذات صفة مزدوجة فردية واجتماعية ، وهي في الوقت نفسه وسائل لتحقيق هذه الغاية المزدوجة ايضاً ، وهي المصلحة الفردية والمصلحة العامة ، توفق بينهما عند التعارض ما امكن ، وتقدم هذه الاخيرة مع التعويض العادل على الفرد اذا استحال التوفيق بغير ذلك .

---

(١) وبذلك يختلف عن الفرد بين الذين يجعلون الفرد محور التشريع ، وبين انصار نظرية التضامن الاجتماعي ومن سار في فلكهم ، الذين يجعلون الجماعة هي محور القانون وغايته.

وعلى هذا الاساس ، يمكن القول بان التعسف في استعمال الحق انما يكون على وجه يناقض مقصد الشارع من تشريعه ، ومن صور هذه المناقضة مايلي :

اولاً – استعمال الحق – سلباً اوايجاباً – لمجرد قصد الاضرار بالغير، اذا الحق لم يشرع وسيلة الى ذلك ؛ بل شرع لمصلحة معتبرة شرعا ، وليس الاضرار بالغير مصلحة مشروعة ، او مقصدا للشارع ، فالمناقضة ظاهرة .

ثانياً – استعمال الحق لتحقيق مصلحة تافهة لاتتناسب مطلقاً مع الضرر الناشيء عنه ، والمناقضة ظاهرة ايضاً من قِبَلِ ان ماغلب ضرره على نفعه لايشرع .

ثالثاً – استعمال الحق – ولو معتادا – اذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير ، ولو غير مقصود ؛ لان هذا يتناقض مع قواعد الشريعة القاضية بدفع الضرر قبل وقوعه ، وبازالته بعد الوقوع ؛ بل يتناقض مع الاصل العام الذي قامت عليه الشريعة وهو « جلب المصالح ودرء المفاسد ، وان « درء المفاسد مقدم على جلب المصالح » .

هذا، ومن باب اولى، لايجوز استعمال الحق اذا ادى الى الاضرار بالجماعة، لان المفاسد اللازمة هنا اعظم بداهة ، فالمناقضة اظهر ، ولو ترتب على ذلك تفويت مصلحة الفرد[1] ، كما يقول العز بن عبد السلام : « فان كانت المفسدة اعظم من المصلحة ، درأنا المفسدة ، ولا نبالي بفوات المصلحة[2] » .

والتعسف كما يكون في التصرف الايجابي ، يكون كذلك في التصرف السلبي ، كامتناع التاجر عن بيع السلع احتكاراً وتربصاً بالناس الغلاء ، وهم في حاجة اليها ، فالامتناع هنا تعسف ، بالنظر الى مايلزم عنه من اضرار بالجماعة ، وكامتناع صاحب الحائط المائل الآيل للسقوط في طريق العامة عن هدمه ، بعد الاشهاد ، يعتبر تعسفاً بالنظر الى مآله من الضرر العام .

فالتعسف اذن يشمل استعمال الحق بوجهيه الايجابي والسلبي على

---

(١) الى تعويض ان كان له وجه .

(٢) القواعد للعز بن عبد السلام جـ ١ ص ٨٣ .

نحو يناقض مقصد الشارع ؛ لان العبرة بهــذه المناقضة .

رابعاً ـ اتخاذ الحق ذريعة لتحقيق مصالح غير مشروعة؛ احتيالاً على قواعد الشرع ؛ وتخلصاً من احكامها تحت ستار الحق ، كهبة المال ـ وهو تصرف في حق الملكية ـ قرب نهاية الحول؛ لاسقاط الزكاة، وبيع العينة ـ وهو من حرية التعاقد ـ توصلا الى الربا ، او بيع العصير ممن يعتقد اويغلب على ظنه انه يتخذه خمراً ؛ لما فيه من الاعانة على الاثم ، والمناقضة في هـذا التذرع ظاهرة ؛ لان الحقوق لم تشرع لتكون ذرائع لهدم قواعد الشريعة ، بتحليل المحرم او اسقاط الواجب ، كما يتناقض مع الاســاس الاول الذي قامت عليه الحقوق من أن « المصالح معتبرة في الاحكام » اي ان الاحكام معللة بمصالح العباد .

ونخلص من هذا الى ان الحق لايجوز استعماله في غير المصلحــة التي شرع من أجلها ، وهنا مسألة هامة لابد من بحثها ايضاحاً لنظرية التعسف ، وهي :

ما المقصود بالمصلحة التي شرع الحق من أجلها :

قد يتبادر الى الذهن ان المراد بالمصلحة التي شرع الحق من أجلها في الحقوق الشخصية بوجه خاص، مجرد المنفعة اوالفائدة الشخصية المحضة المشروعة التي يجنيها صاحب الحق كثمرة لاستعمال حقه ـ دائماً وفي جميع الاحوال ؛ولكن هذا النظر مبتسر وخاطىء؛لانه مؤذن بكون الحق ميزة طبيعية خالصة،ومصدراً لسلطات مطلقة ، وهو ما لا تقره الشريعة بحال، كما اسلفنا ،وانما المراد بالمصلحة **تلك التي رسمها الشارع وقررها للحق**،وجعل مدى اعتبارها شرعاً رهناً ـ بما يعارضهامن مصالح أخرى قد تصبح فيه مرجوحة او مساوية او راجحة ، وبذلك تتكيف المصلحة الفردية ـ في ضوء هذا التعارض ومداه .

وعلى هذا ؛ فقد تكون المصلحة مشروعة في الاصل ، وتنطوي على المنفعة التي أقرها الشارع ؛ ولكنها ـ لمعارضتها لمصلحة أخرى ـ اصبحت غير معتبرة ، وضابط ذلك **الموازنة** .

فالمصلحة الفردية،اذا لزم عنها مفسدة مساوية أو راجحة،اهدر اعتبارها في هذه الحال ؛ **لان درء المقاسد مقدم على جلب المصالح** .

ومن باب اولى،تهدر اذا عارضتها مصلحة عامة،كما تقدم،وليس معنى عدم اعتبار المصلحة المرجوحة انخرام مناسبتها للحكم ؛ بل تبقى مصلحة في ذاتها ؛ كما قدمنا؛لان الحقائق لاتتبدل، وبدليل انها اذا سلمت عن معارضة ماهو اولى منها بالاعتبار ، عاد اليها اعتبار الشارع اليها ، وشرع الحكم المناسب عندها .

فمصلحة الفرد في تلقي السلع،ومصلحة بيع الحاضر للبادي ظاهرة؛ولكنها غير معتبرة شرعاً اذا أدى ذلك الى الاضرار بالعامة ، فليس المقصود بالمصلحةالتي شرع الحق من أجلها إذن مجرد النفع الشخصي ؛ بل المراد **بذلك المصلحة التي لا تتعارض مع التنظيم التشريعي العام في الفقه الاسلامي** . واستعمال الحق بقصد تحقيق المصلحة التي شرع الحق من أجلها حال معارضتها لروح الشريعة وقواعدها العامة تعسف .

وهذا التنظيم هو الذي ينسق بين المصالح المتعارضة والمشروعة في الأصل ، وفي الواقع ،ان هذا التنسيق مراعى فيه مصلحة الغير من الفرد والجماعة،وبذلك يمكن القول بأن المصلحة في الشريعة الاسلامية ليست بالمصلحة المطلقة أو الانانية الخالصة ؛ بل هي المصلحة الاجتماعية . . . وهذا التنسيق هو ما تضطلع به نظرية التعسف .

وتأسيساً على هذا النظر ، اذا اعتبرنا التعسف انحرافاً بالحق عن الغاية التي شرع من أجلها ، فانما نعني بذلك المصلحة التي رسمها الشارع في **حدود الاطار التشريعي العام** ، **لا المنفعة الشخصية المطلقة** ، وهي المصلحة التي خلصت من معارضة مصلحة أخرى هي أجدر منها بالرعاية ،على ضوء من المقررات والقواعد الشرعية في الترجيح .

فاذا استعمل الفرد حقه — ولو استعمالاً معتاداً — لمصلحته الخاصة ،وكانت مشروعة في ذاتها ؛ لاستنادها الى حق ؛ ولكنها تعارضت مع مصلحة أخرى هي

أجدر بالاعتبار في نظر الشرع ، اعتبر متعسفاً في حقه عن الغاية المرسومة شرعاً، تلك الغاية التي تتفق مع التنظيم التشريعي العام؛ لأن القصد الى المصلحة الخاصة ـ ولو كانت هي مصلحة الحق المقررة له شرعاً ـ في الحال التي تكون فيه مرجوحة، تعسف وإساءة في الاستعمال ، ومجافاة لقصد الشارع في التشريع ؛ إذ ليس من قصد الشارع إهدار الراجح واعتبار المرجوح .

لا يقال إن الفرد في هذه الحال يعتبر متعدياً لا متعسفاً ؛ لأنه قصد تحقيق مصلحة مرجوحة ، وهي غير مشروعة ، والقصد الى غير المشروع تعدٍ ؛ لأنا نقول : هذا التباس في الفهم ؛ لأن وحدة الصفة لا تؤذن بوحدة الأصل؛ فالحق الذي أسيء استعماله أضحت المصلحة فيه غير مشروعة؛ لتعارضها مع مصلحة أخرى هي اولى بالاعتبار في نظر الشرع ؛ ولكنها كانت مشروعة أصلاً ، وقد قررت للحق قبل هذا التعارض ، حتى اذا خلصت من هذا التعارض في ظرف آخر ، عاد اليها اعتبارها ، وليس كذلك المصلحة الممنوعة او المحرمة أصلاً ، فهي محرمة وممنوعة في كل حال ، ولا تحل إلا حال **الضرورة** ؛ لقوله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم اليه » .

والخلاصة : إن الشارع قد قرر للحق مصلحة اجتماعية لا فردية خالصة ، تؤكد روح التضامن والتكافل الاجتماعي .

دوره التعسف قد يقتضي ترجيح مصلحة على أخرى :

هذا نتيجة لما تقدم ، فالتعسف في استعمال الحق يوجد عند تعارض المصالح، **ودوره يتخذ صورة ترجيح مصلحة على أخرى .**

قدمنا أن المالك الذي يستعمل عقاره – ولو معتاداً – ويترتب عليه ضرر فاحش بجاره ، ولو دون قصد منه ، يمنع ، وفي هذا ترجيح لمصلحة الجار ، كما ترى ؛ دفعاً لضرر هو أشد من منع المالك من استعمال حقه على نحو ما ، عملاً

بقاعدة « يختار أهون الشرين[1] » وهذه القاعدة الاساسية تعتبر مؤيداً لنظرية التعسف ، إذ تتفرع عنها معظم مسائله[2] .

وهذا المعنى يؤكده الامام العز بن عبد السلام ، إذ يقول : « اذا اجتمعت مصالح ومفاسد ، فان أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك ؛ امتثالاً لأمر الله تعالى فيهما ؛ لقوله سبحانه وتعالى : « فاتقوا الله ما استطعتم » وإن تعذر الدرء والتحصيل ، فان كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ، ولا نبالي بفوات المصلحة[3] » .

هذا الدرء الذي يصرح به الامام العز بن عبد السلام هو درء التعسف ؛ استناداً إلى الموازنة ، وهو المعيار المادي لنظرية التعسف ، ويضرب أمثلة تطبيقية على هذه القاعدة ، تمثل درء التعسف في استعمال الحق ، منها :

« الحجر على المفلس مفسدة في حقه ؛ ولكنه ثبت تقديماً لمصلحة الغرماء على مفسدة الحجر ، وإن شئت قلت تقديماً لمصلحة غرمائه على مصلحته في الاطلاق »[4] .

---

(١) هذه القاعدة يتفرع عنها قاعدة « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام (وقاعدة) درء المفاسد اولى من جلب المصالح ، راجع فلسفه التشريع الاسلامي للمحمصاني ص ٢١٠ ، والجامع بشرح المنافع ص ٣١١ وتفسير القرآن الكريم للشيخ محمود شلتوت .

(٢) لأن تطبيقها يقتضي الموازنة بين المصالح المتعارضة ، وهذا هو الجانب المادي من النظرية ، اما الجانب الشخصي فتطبق عليه قاعدة أخرى هي : « الامور بمقاصدها » الثابتة بالحديث الشريف « انما الاعمال بالنيات » وسيأتي ذلك في بحث نظرية الباعث .

(٣) القواعد جـ ١ ص ٨٣ .

(٤) انظر دليل قاعدة « ارتكاب أخف الضررين » من القرآن الكريم في تفسير قوله تعالى « يسألونك عن الشهر الحرام فقال فيه « الآية » تفسير القرآن للشيخ محمود شلتوت ص ٥٦٤ .

ويلاحظ أن محل القاعـدة ما اذا كانت المفسدة راجحة ، وكان ذلك في غير ضرورة .

واستشهد ابن القيم على هذه القاعدة ، بقضاء النبي ﷺ على سمرة بن جندب بقلع نخلته من بستان الانصاري ؛ إذ شكا هذا الأخير للرسول ﷺ تأذّيه وأهله من دخول سمرة بستانه دون استئذان ، أعني قاعدة « **دفع أعظم الضررين** » ويردّ على من عمل بمقتضى القياس « لا يحل مـال امرىء إلا بطيب من نفسه » بقوله « وصاحب القياس الفاسد يقول : « لا يجب عليه أن يبيع شجرته ، ولا يتبرع بها ، ولا يجوز لصاحب الارض أن يقلعها ؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ، وإجبار على المعاوضة عليه ، وصاحب الشرع اوجب عليه اذا لم يتبرع بها أن يقلعها ؛ لما في ذلك من مصلحة صاحب الارض بخلاصة من تأذّيه بدخول صاحب الشجرة ، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة ، وإن كان عليه في ذلك **ضرر يسير** ، فضرر صاحب الارض ببقائها في بستانه **اعظم** ؛ فإن الشارع الحكيم **يدفع أعظم الضررين بأيسرهما** ، فهذا هو **الفقه والقياس والمصلحة** ، وإن أباه من أباه » .

ثم يقول : « والمقصود أن هذا دليل على وجوب البيع لحاجة المشتري ، وأين حاجة هذا ، من حاجة عموم الناس الى الطعام وغيره؟ » أي اذا كان ذلك في تعارض الحقوق الخاصة ، فما بالك في تعارض الحق الخاص مع المصلحة العامة[1] .

ثم يقيس ابن القيم **المنافع** اذا احتاج الناس اليها - كمنافع الدور والطحن والخبز وغير ذلك - على المعارضة على الاعيان[2] في هذا الحكم .

معنى هذا ، ان التعسف لا يقتصر على استعمال حق الملكية التي موضوعها

---

(١) هذا القول يؤكد ماذكرنا من أن قاعدة « يدفع اعظم الضررين » قاعدة اساسية يتفرع عنها قاعدة « الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام « وهاتان القاعدتان تعتبران من مؤيدات نظرية العسف في معيارها المادي وهو الموازنة .

(٢) الطرق الحكمية ص ٣١٠

عقارات او أشياء مادية ؛ بل يشمل كذلك المنافع ، كتعسف العمال اذا تغالوا في الاجور ، واشتدت حاجة الناس الى منافعهم ، وكذلك أرباب المهن والصناعات ، وكل من يؤدي الى الناس منفعة تشتد حاجة الناس اليها ، تنسحب عليها قاعدة« يدفع أعظم الضررين بتحمل أيسرهما ».درءاً للتعسف . وهذا نظر فقهي سليم .

والخلاصة : أن المقصود بالمصلحة التي شرع من أجلها الحق ، تلك التي تتسق – بالاضافة الىاستنادها الىحق مشروع – مع قواعد الشريعة وروحها ، بحيث لا تتعارض مع مصلحة أخرى هي أرجح منها ، فتوخي صاحب الحق تحقيق المصلحة التي شرع الحق من أجلها – دون نظر الى اللوازم الخارجية للفعل ، وما يحكم هذه اللوازم من قواعد ،يعتبر تعسفاً،اذا أصبحت مصلحته مرجوحة فيهذه الحال ، وأوضح الأمثلة على ذلك قضية سمرة بن جندب ، ـ في تعارض الحقوق الخاصة ـ وتلقيالسلع ،وبيع الحاضر للبادي ومنع الاحتكار ، ومنع عمر (رضي الله عنه) التزوج بالكتابيات في بعض الاحوال ـ فيحالة تعارض الحقالخاص مع المصلحة العامة .



الفصل الأول

التكييف الفقهي للتعسف وتأصيله وتمييزه عن مجاوزة الحق طبيعةً وجزاءً

قبل البحث في تأصيل التعسف ، وعرض آراء الاصوليين والفقهاء فيه ، ثم إبداء الرأي الذي نراه في هذه المسألة ، نود أن نبين ماهية التعسف وطبيعته ، تمييزاً له عن مجاوزة الحق ، بابداء الفوارق القائمة بينهما من حيث الحقيقة والجزاء، وضرب أمثلة توضح ذلك ، وهو بحث له اهميته ، من حيث أنه ينتهي بنا الى تقرير استقلال نظرية التعسف أو تبعيتها لنظرية « التعدي » في الفقه الاسلامي أو نظرية « الخطأ » مبنى المسئولية التقصيرية في القانون الوضعي .

المبحث الاول

تمييز التعسف في استعمال الحق عن مجاوزة الحق ، طبيعةً وجزاءً

لم يرد على لسان الاصوليين والفقهاء كلمة « إساءة » أو « تعسف » في استعمال الحق ، وإنما هو تعبير وافد النا من فقهاء القانون المحدثين في الغرب .

فالفقهاء الفرنسيون يطلقون عليه[1] De L'abus des droits والانكليز يطلقون عليه The abuse of rights والترجمة الحرفية لكلمة «abus» إساءة ؛ ولكن درج فقهاء القانون في الجمهورية العربية المتحدة وفي الجمهورية العربية السورية ، على استعمال كلمة « تعسف » ، وأما في لبنان فآثروا استعمال كلمة «إساءة» .

نعم ؛ ورد في بعض كتب الاصول كلمة « الاستعمال المذموم[2] » تعبيراً عن التعسف أو الاساءة في استعمال الحق بالمعنى الذي نقصده اليوم .

هذا ، وقد وردت كلمة « المضارة في الحقوق » في كتاب الطرق الحكمية ، لابن قيم الجوزية ، في صدد بحثه في قضية سمرة بن جندب ، وتعسفه في استعمال حق الاستطراق في بستان الأنصاري ؛ ليصل الى نخلته التي قضى رسول الله ﷺ بقلعها ؛ دفعاً لمضارته صاحبَ البستان ، وهذه القضيّة وما ورد فيها من حكم ، تعتبر أصلاً من أصول التعسف[3] .

هذا ، ومن الفقهاء المعاصرين[4] من أطلق هذا اللفظ «**المضارة**» على التعسف .

على أنا نؤثر كلمة « **التعسف** » لدقتها في تأدية المعنى المراد ، فالتعسف تنكُّب أو انحراف عن الجادة ، وقد يكون من نتائج هذا الانحراف مضارة للغير ، كمن يقصد باستعمال حقه الاضرار بغيره ، وقد لا يكون ، كما في نكاح التحليل مثلاً ؛ إذ القصد فيه إرجاع المطلقة ثلاثاً الى زوجها الاول ؛ ولا مضارّة فيه لأحد ؛ وانما فيه انحراف عن الغرض الاجتماعي من الزواج ، وهو التناسل والالف والمودة اي بناء الاسرة ، فلم يشرع الزواج في الاصل للتحليل .

وأياً ما كان ، فما المقصود بالتعسف ؟ وهل ثمة فرق بينه وبين مجاوزة الحق؟

المقصود بالتعسف : أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الاصل ، بمقتضى حق شرعي ثبت له ـ بعوض أو بغير عوض ـ او بمقتضى إباحة مأذون فيها

---

(١) هو عنوان لكتاب الفقيه الفرنسي المعاصر ، جوسران سنة ١٩٠٥ ، الوسيط للدكتور السنهوري ج ١ ص ٨٣٨ .

(٢) الموافقات ج ٣ ص ٢١٩ حيث يقول في التعسف في استعمال المباح : « فلم يزل اصل المباح ، وان كان مغموراً تحت أوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم » .

(٣) الطرق الحكمية ، لابن قيم الجوزية ، ص ٣١٠ .

(٤) الاستاذ الشيخ ابو زهرة في بحثه للتعسف في كتاب اسبوع الفقه الاسلامي ص ٢٨ .

شرعاً ، على وجـــه يلحق بغيره الاضرار ، او يخالف حكمة المشروعية .

ونضرب لذلك مثلاً يوضح الفرق بين التعسف في استعمال الحق ، ومجاوزة حدود الحق أو الاعتداء .

١ - اذا أقام مالكٌ بناءه على أرض غيره أو زرع أرض غيره ، اعتبر غاضباً أو معتدياً ؛ ففعله غير مشروع اصلاً ؛ لأنه لا يستند الى حق ولو كان فيه نفع لغيره ؛ ولكن اذا بنى رجل في أرضه ضمن حدودها ، حائطاً عالياً ، فسدَّ على جاره منافذ الضوء والهواء ، حتى أصبح من المتعذر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد ، أو بعبارة أخرى ، تعطلت بذلك المنافع المقصودة من الملك ، وهو ما يسمى بالضرر الفاحش ، فهذا المالك يعتبر متعسفاً في استعمال ملكه ؛ لأنه وإن تصرف في حدود حقه الموضوعية ؛ لكن لزم عن هذا التصرف أضرار بيِّنَةٌ بالجار . فتصرفه في الاصل مشروع ؛ لأنه يستند الى ماينحه حق ملكيته من سلطات : التصرف المادي والشرعي ، والاستعمال ، والاستغلال ، ومأتى التعسف هو ما آل اليه تصرفه من أضرار فاحشة بغيره كما ذكر .

مثال آخر :

٢ - من أوصى بما زاد على الثلث ، يعتبر مجاوزاً حدود حقه الذي منحه إياه الشرع ، وهو التصرف في حـدود الثلث ، ففعله غيرُ مشروع في الاصل ؛ لأنه لا يستند الى حق ، والتعسف فرع وجود الحق ؛ فهو إذن متعدٍّ لا متعسف .

أما اذا أوصى بالثلث أو بما دونه ، وقصد بذلك مضارة الورثة مثلاً ، وقامت الأدلة على هذا القصد ، اعتبر متعسفاً ؛ لأن أصل الفعل مشروع ؛ لاستناده الى حق ثابت له في الشرع ؛ لحكمة قصدها الشارع من تقريره هذا الحق له ؛ ولكنه استعمله لا بقصد تحقيق تلك الحكمة ؛ بل للاضرار بالورثة ، وهو ممنوع ؛ إذ « لا ضرر ولا ضرار في الاسلام » .

لا يقال إن ثمة تناقضاً بين وصف الفعل بكونه مشروعاً في الاصل ، ثم

وصفه بأنه متعسّف فيه. لانا نقول ، الجهة منفكة، فلا يلزم التناقض المزعوم؛ إذ المشروعية منصبة على ذات الفعل ، والتعسف منصب على كيفية استعماله ، إما بالنظر الى الباعث عليه أو مآله ؛ وعلى ذلك لا يلزم التناقض أو التضاد [١]؛ لتعدد الجهة .

وفي هذا ردٌّ على الفقيه الفرنسي « بلانيول » الذي انتقد النظرية من هذا الوجه[٢] بقوله : « إن العمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت معاً متفقاً مع القانون ، ومخالفاً له » ففي الوصية انصبت المشروعية على أصل الفعل ، والمنع على قصد الاضرار ، وفي المثال الثاني أصل التصرف في الملكية مشروع ، والمنع إنما انصبَّ على المآل أو النتيجة ، فاذا تعددت الجهة لا يلزم التناقض .

فاتضح الفرق بين التعسف والمجاوزة بما لا يدع مجالاً للَّبس ؛ فلا يعتبر متعسفاً إذن من أوصى بما يزيد على الثلث ، ولو قصد الإضرار بالورثة ، كما ذهب الى ذلك بعض الفقهاء المعاصرين في بحثه للتعسف حيث يقول : « إن الوصية حق للمورث وله استعماله على وجه مشروع ، بأن يكون فيه برٌّ بالورثة ، ولا يجوز استعماله على وجه غير مشروع ، بأن يكون إضراراً بالورثة ، كأن يوصي بأكثر من الثلث ، أو يوصي لأحد الورثة ، فالوصية مع الاضرار هي بعينها إساءة استعمال الحق[٣] » لأن هذا خلط بين المجاوزة والتعسف ، فالوصية بقصد الاضرار بالورثة إنما تعتبر وصية [٤] تعسفية اذا كانت في حدود الثلث ؛ لأن

---

(١) موافقات جـ ٢ ص ٢٥٨ حيث يقول في صدد استعمال الحق على وجه يعلم صاحبه أن أداءه الى المفسدة قطعي عادة ، مع ان له ندحة في استعماله على وجه آخر : لايلزم عنه ذلك المحظور ، ولا تضاد في الاحكام لتعدد جهاتها .

(٢) الوسيط للدكتور السنهوري جـ ١ ص ٨٣٨ ، وهذا نقد شكلي ، وسيأتي تفصيل القول فيه .

(٣) الشيخ أحمد ابو سنه ، في محاضراته في التعسف ، في كتاب اسبوع الفقه الاسلامي ص ٢٠ .

(٤) والوصية التعسفية نوع من التصرف في حق الملكية على نحو تعسفي ؛ لان الموصي إنما يتصرف في خالص ملكه .

الشارع أعطى الفرد هذا الحق في هذه الحدود ، فاذا أوصى بما يزيد على الثلث ، فقد جاوز حدود الحق واعتبر متعدياً لا متعسفاً ، ذلك ؛ لأن فعله غير مشروع ابتداء ؛ لعدم استناده الى حق ، ولا تعسف مع انتفاء الحق .

وكذلك الحكم فيما اذا أوصى لوارث ، فهي وصية باطلة أصلاً على رأي الجمهور ؛ لأنه محظور على الفرد أن يوصي لوارث بالنص ، فالفعل غير مشروع لذاته ، سواء قصد الاضرار أم لم يقصد ، وباطل في جميع الاحوال[1] .

فمن أوصى لوارث لم يستعمل حقاً أصلاً حتى يوصف بأنه متعسف بقصده الاضرار ، وإنما باشر أمراً غير مشروع أصلاً فهو مجرد متعدٍ لا متعسف .

أ ـ وحدة الوصف الشرعي لكلٍ من التعسف والمجاوزة لاينفي اختلاف حقيقة كل منهما :

صحيحٌ ان كلاً من مجاوزة الحق والتعسف في استعماله أمر محظور شرعاً ؛ ولكن وحدة الوصف الشرعي لا تنفي اختلاف حقيقة كل منهما .

فالتعسف يعتمد ـ في الاصل ـ وجود الحق[2] ، وهذا يستلزم مشروعية الفعل اللازم لاستعماله ابتداءً ؛ لان ماتفرع عن المشروع مشروع بالضرورة ، وقد رأينا مما ضربنا من الامثلة أن الاستعمال نفسه معيب في الباعث عليه ، أو في مايلزم عنه من نتيجة ؛ حتى إذا تجرد الفعل من الباعث غير الشرعي ؛ أو لم تترتب عليه النتيجة غير المشروعة عاد الى الفعل وصفه من المشروعية ، وليس

---

(١) يلاحظ أن قانون الاحوال الشخصية في الجمهورية العربية المتحدة ، قد اخذ بجواز الوصية لوارث ، مخالفا بذلك رأي أئمة المذاهب الاربعة ، أخذا براي في مذهب الشيعة . انظر المادة ٣٧ من قانون الاحوال الشخصية : « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير اجازة الورثة . » وبناء على حكم القانون الذي أعطى الحق للموصي في الايصاء للوارث ، يتصور التعسف في هذا الحق ، بأن يقصد بالوصية الاضرار بباقي الورثة .

(٢) نقصد بالحق معناه العام، أي مايشمل الاباحة .

كذلك الفعل في مجاوزة الحق أو الاعتداء، فهو غير مشروع لعيب في ذاته؛ لعدم استناده الى حق، اي محظور على كل حال الا حال الضرورة، أو حال إباحته بسبب شرعي آخر من الاسباب المبيحة للمجاوزة.

وايضاً لا يُمنع احد من استعمال حقه الا إذا قصد الاضرار بغيره، أو قصد تحقيق مصالح غير مشروعة، **اما المجاوز لحدود الحق، فانه يمنع ولو قصد إحداث نفع**، كمن زرع ارض غيره او بنى فيها او غرس بدون اذنه، كما قدمنا.

على أن استعمال الحق يصبح غير مشروع اذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير، ولو كان دون قصد، اي لا يمنع الا لهذا القدر من الضرر، أما المجاوز لحدود الحق، فانه يمنع مهما كان نوع الضرر أو قدره.

وهذه فوارق حاسمة بين طبيعة كلٍ من التعسف والمجاوزة.

ب ـ التفرقة من حيث الجزاء:

مجاوزة الحق اعتداء وظلم، ويترتب عليه جزاءان: دنيوي وأخروي، كما اذا صحبه قصد ايقاع الضرر، ووقع الضرر فعلاً، مهما كان قدره.

والجزاء الدنيوي يكون بازالة آثار التعدي عيناً إن أمكن، والتعويض على المضرور ما لحقه من ضرر؛ أو كليهما معاً حسب الأحوال، وقطع سبب الضرر؛ حتى لا يستمر وقوعه مستقبلا.

أما الأخروي ـ وهو الاثم والعقاب ـ فجزاء قصد الاضرار.

وقد يكون الجزاء أخرويا فقط اذا وقع الاعتداء خطأ دون قصد.

أما التعسف في التصرفات القولية، فاذا كان نتيجة لباعث غير مشروع؛ لتحقيق مصلحة غير مشروعة، كأن يهب أمواله ـ صورياً ـ قرب نهاية الحول؛ لاسقاط الزكاة مثلًا، فثمة جزاءان: دنيوي، بابطال التصرف، وأخروي وهو الاثم، وهذا هو الدور الوقائي للنظرية.

وأما التعسف في التصرفات الفعلية اذا كان نتيجة لقصد الاضرار، ووقع

الضرر فعلاً ، ازيل الضرر بالتعويض ؛ لان الواقع لايرفع ، وقطع سببه ؛ منعاً لاستمراره في المستقبل .

وأخروي فقط ، إذا قصد الاضرار ولم يقع الضرر فعلاً .

أو بعبارة أخرى،اذا كان التعسف بالنظر الى مآل التصرف الفعلي ونتيجته، دون قصد الى ذلك المآل الممنوع ، فالجزاء دنيوي فقط ، بمنع مباشرة سببه ، وبازالة آثار الضرر عيناً أو تعويضاً حسب الاحوال ، سواء أكان الاستعمال معتاداً أم غير معتاد. وعلى هذا ، فالجزاء الدنيوي في التصرفات القولية يكون بابطال التصرف . اما في التصرفات الفعلية ، فمن المحال ازالة الضرر عيناً ؛ لان الواقع لايمكن رفعه، ولكن يمنع استمراره في المستقبل، بقطع سببه؛ والتعويض عما وقع ، كما في استعمال المالك عقاره على نحو يضر بغيره ضرراً فاحشاً .

وسيأتي بحث ذلك في جزاء التعسف .

تصور التعسف عند الاصوليين ، كما يستنتج من أدلة تحريمه :

يفهم من كلام الاصوليين،أن التعسف عبارة عن « تحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحق لاجله [1] ».

يقول الامام الشاطبي في استعمال الحق بقصد المضارة ، إنه محرم ، بدليل قوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا اصلاحاً . »

ثم يوضح وجه التعسف الذي انزلت الآية الكريمة لمنعه فيقول: ان الطلاق كان في أول الاسلام الى غير عدد ، فكان الرجل يرتجع المرأة قبل أن تنقضي عدتها ، ثم يطلقها ، ثم يرتجعها كذلك قصداً ، فنزلت « الطلاق مرتان [2] ».

ونزل مع ذلك : « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً » الآية . فيمن كان يضار المرأة حتى تفتدى منه ، وهذه كلها « حيل على بلوغ غرض لم

---

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٨٢ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق .

يشرع الحكم لاجله »[1] وكذلك قوله تعالى : « ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن »حيث حرم العضل وهو المنع من الزواج،او التضييق على الزوجة، حتى يحملها على المخالعة القسرية، فتتنازل عن صداقها كله أو بعضه،إلى غير ذلك من الآيات التي جاءت باحكام تعتبر **اصلاً ثابتاً في القرآن الكريم ؛ لتحريم التعسف الذي قوامه التحايل ، أو الانحراف بالحق عما شرع له من حكمة أو مصلحة** ، كما يقول الامام الشاطبي ؛ لتحقيق غرض آخر غير مشروع .

على أن هذا المعنى « للتعسف » يمثل جانباً هاماً منه ، أعني الجانب الذاتي ، إلا أنه يقصر عن استيعاب حالة أخرى للتعسف ، وهي تمثل الجانب المادي ، وذلك فيما اذا ادى استعمال الحق الى اضرار لاحقة **بالمصلحة العامة** ،**او اضرار فاحشة** لاحقة بالجار دون قصد ، إلا أن يقال أن الحقوق لم تشرع لتكون وسائل تفضي الى مثل هذه الاضرار والمفاسد الراجحة ، فينطبق على هذه الحالة حينئذ معيار استعمال الحق في غير ما شرع له بهذا التأويل ؛ **لان ماغلبت فيه المفسدة لا يشرع** .

ولا شك أن التحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحكم لاجله ، أو استعمال الحق في غير ما شرع له ، مناقضة للشارع ، ومناقضة الشرع باطله ،فما ادى اليها باطل . وهذا ما يفيده قول الإمام الشاطبي :

« لما ثبت أن الاحكام شرعت لمصالح العباد ، كانت الاعمال معتبرة بذلك؛ لانه مقصود الشارع منها ، كما تبين ، فاذا كان الامر في **ظاهره وباطنه**[2] على أصل المشروعية،فلا إشكال ، وان كان الظاهر موافقاً ، والمصلحة مخالفة،فالفعل

---

(١) يقرب هذا التصوير لطبيعة التعسف ، من تعريف ، جوسران ، للتعسف حيث يقول :

« هو التحايل على الوظيفة الاجتماعية للحق » روح الحقوق ونسبيتها ، نبذة (٢٩١) وما بعدها ، وتميز التعسف بانعدام الدافع المشروع .

L'abus du droit se caractérise par L'absence de motif légime .

(٢) يقصد بالباطن : الباعث أو القصد .

غير صحيح وغير مشروع ؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودةً لأنفسها[1] ؛ وانما قصد بها أمور اخَرُ هي معانيها ، وهي المصالح التي شرعت لأجلها ، فالذي عمل من ذلك على غير هـذا الوضع ، فليس على وضع المشروعـات » وهذا هو التعسف بعينه .

ويصور الإمام الشاطبي في هذا النص ، أبرز وجوه التعسف ، وهو ما كان فيه الباعث غير مشروع ، أو ماتوافر فيه نية الاضرار ، وهو ما يعبر عنه الإمام الشاطبي « **بالباطن** » المخالف .

ويستفاد من النص أمور على غاية من الأهمية :

أولاً – إن الحقوق والاباحات وما تخوله من أفعـال مشروعة لمباشرتها ، ليست إلا **وسائل** لتحقيق المصالح التي شرعت من أجلها .

ثانياً – ان مشروعية استعمال الحق أو الاباحة مرتهنـة بالمصلحة التي شرع من أجلها ، أي بغاية الحق ، وعدم المشروعية مرتبط بالانحراف عنها أو اعتسافها .

ثالثاً – نظرية التعسف – كما يبدو – **مرتبطة بغاية الحق لا بحدوده الموضوعية .**

رابعاً – إن ظاهر الفعل[2] الموافق للشرع لا يعصمه من أن يصبح غير مشروع ، اذا كان القصد أو الباعث غير مشروع . فليست العبرة لهـذا الظاهر المشروع ؛ بل لا بد من موافقة الشرع **ظاهراً وباطناً** .

---

(١) هذا دليل بيّن على نفي أن تكون الحقوق غايات بذاتها ، كما ذهب الى ذلك الفرديون ؛ وعليه فلا يمكن تصوير التعسف فيه ، لأن للفرد – على هذا النظر – أن يتصرف فية وفق رغبته ، أو كما تملي عليه هواه . أما الشريعة الاسلامية فلم تشرع الحقوق وما تستلزم من أعمال كغايات ، حتى يكون صاحبها مطلق التصرف فيها ؛ بل شرعت كوسائل ؛ لتحقيق مصالح ، ووضعت الحقوق في يد الفرد لهذا الغرض ، وبذلك اصبح كل حق في الشرع مقيدا بغايته ، والانحراف عن هذه الغاية هو التعسف بعينه ، فنظرية التعسف تبدأ من اعتبار الحقوق مجرد وسائل .

(٢) أي صورته وهيئته الشرعية من الاركان والشروط فيما يتعلق بالتصرفات القولية ، أو كان يستند الى حق شرعي ثابت ، كما في استعمال حق الملكية مثلا ، أو الى إباحة ، كما في تلقي السلع .

خامساً – كنتيجة لذلك كله، أنه ينبغي أن يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع، وهذا ما قرره الإمام الشاطبي في مواضع كثيرة، حيث يقول: «قصد الشارع من المكلف ان يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع»[1].

ويقول في موضع آخر[2]: «كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل؛ فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل»

«أما ان العمل المناقض باطل فظاهر، فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح، ودرء المفاسد، فاذا خولفت لم يكن في تلك الافعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة[3]» اهـ.

ويقصد بالعمل هنا ما كان فعلاً ايجابياً او سلبياً كالترك[4].

وعلى ذلك، يمكن تعريف التعسف بانه: «**مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الاصل**».

وعندي، أن إعمال القصد أو الباعث في التصرفات المشروعة في الاصل هو الذي يتفق وروح الشريعة؛ ولذا انعقد اجماع الفقهاء على أن مناقضة قصد الشرع عيناً باطلة، فما يؤدي اليها باطل. وهذه قضية لاينازع فيها أحد من أهل العلم، غير أن الخلاف في أمر آخر يتعلق بالمنهج أو الاسلوب الذي اتخذه كل امام من أئمة الفقه في اثبات هذا القصد المناقض لقصد الشارع، فالحنابلة والمالكية

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٣١.

(٢) المرجع السابق ص ٣٣٣.

(٣) الموافقات جـ ٢ ص ٣٣١.

(٤) المرجع السابق، وفي هذا اعتبار واضح للباعث وتأثيره في التصرفات والمعاملات عملا بالحديث «انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرىء مانوى» والامام الشاطبي الاصولي المحقق يمثل تطورا واضحا في الفقه المالكي، لاسيما فيما يتعلق بفكرة الباعث واعمالها في التصرفات.

اعتمدوا القرائن وظروف الحال التي تدل على النية والقصد ، وأما الإمام الشافعي فاعتمد الارادة الظاهرة التي تفصح عنها العبارة كتابة أو قولا[1] في صلب العقد ؛ لأن النوايا والقصود أمور نفسية داخلية يعسر الوقوف عليها من جهة ، وقد يتغير القصد بين حين وآخر من جهة اخرى ، أضف الى ذلك ما يترتب على البحث عن النوايا واستقصائها من بلبلة القضاء ، وتزعزع الثقة به ، وعدم استقرار المعاملات[1].

المبحث الثاني

التكييف الفقهي للتعسف في استعمال الحق وتأصيله عند الأصوليين والفقهاء

يذهب بعض الاصوليين - كالامام لشاطبي في موافقاته[2] - الى ان التعسف في استعمال الحق من باب « التعدي بطريق التسبب » يظهر ذلك من تأصيله للمسئولية في التعسف ، وأن مبناها « التعدي » ويظهر كذلك من تفصيله لحالات الضرر الذي يترتب على استعمال الحق .

فقد فرض في الحالة الاولى ، استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير ، أي لمجرد هذا القصد ، وبين الحكم فيها ، وأنه المنع ، مع الاشارة الى أساس الحق ؛ عملا بقوله ﷺ « لاضرر ولا ضرار في الاسلام » وهذه المسألة بيِّنة لا إشكال فيها

---

(١) سيأتي تفصيل ذلك في قاعدة « الامور بمقاصدها » ، أو نظرية الباعث ، كمؤيد للنظرية .

(٢) جـ ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها .

ثم فرض صورة أخرى يقصد فيها العامل الى نفع نفسه ، والى ضرر غيره معاً ، وليس في القضية نفع عام ، ولا فساد عام ، فقال في هاتين الصورتين :

« فلا إشكال في منع القصد الى الاضرار من حيث هو إضرار ؛ لثبوت الدليل على أن «لا ضرر ولا ضرار في الاسلام» ؛لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس وقصد إضرار الغير ، هل يمنع منه فيصير غير مأذون فيه ؟ ام يبقى على حكمه الاصلي من الإذن ، ويكون عليه اثم ماقصد؟ هذا مما يُتصور فيه الخلاف على الجملة ، وهو جارٍ على مسألة الصلاة في الدار المغصوبة ، ومع ذلك فيحتمل في الاجتهاد تفصيلاً : »

« وهو أنه إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل ، وانتقل الى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة أو درء تلك المفسدة[1] ، حصل له ما أراد ، أوْ لا ، فان كان كذلك فلا إشكال في منعه[2] ؛ لأنه لم يقصد ذلك الوجه الا لأجل الاضرار ، فلينقل عنه ، ولا ضرر عليه ، كما يمنع من ذلك الفعل اذا لم يقصد غير الاضرار ، وإن لم يكن له محيصٌ عن تلك الجهة التي يستضر منها الغير ، فحق الجالب أو الدافع مقدم[3] ، وهو ممنوع من قصد الاضرار » أ هـ .

فهاتان الحالتان تنتظمها نيةُ الاضرار ، فتمثلان المعيار الذاتي للتعسف ؛

لكن الامام الشاطبي لم يبين وجه تقديم حق الجالب أو الدافع ، أي ترجيح جانب صاحب الحق في العمل رغم قصده الاضرار ، وهل يرجح في جميع الاحوال ، ام أن ذلك قاصر على حالة ما اذا تساوى نفعه مع الضـرر اللاحق

---

(١) في هذا اشارة الى أساس الحق .

(٢) لان في هذا مظنة قصده الاضرار ، والمظنة تقوم مقام المئنة هنا ، فقصد الاضرار ومظنته بقيام القرينة على قيامها في الحكم سواء ، وعلى هذا يقال : ان نية الاضرار سواء اكانت حقيقية أم مفترضة ، بأن دلت عليها قرينة ، تؤثر في التصرف ، فتجعله غير مشروع .

(٣) اي ذو الحق .

بغيره ، ومن باب أولى اذا ترجح نفعه بالكثرة . وسيأتي بيان ذلك .

فالذي يعنينا ،ان الامام الشاطبي يمنع الفعل في حالة ما اذا كان لذي الحق وجه آخر لتحصيل مصلحته ، ولا يلزم عن ذلك ضرر بغيره ؛ ولكنه عمد الى تركه الى الوجه الذي يلزم عنه المضرة ، فعلى أي أساس منع الفعل ؟ الأن صاحب الحق يعتبر متعسفا أم متعديا ؟

يظهر ذلك من فرضه للصورة الثالثة ، وهي ما اذا استعمل حقه لا بقصد إحداث ضرر بغيره،غير أنه يعلم بلزومه قطعا عادة،أي ان لزوم الضرر مقطوع بوقوعه في العادة ، وذو الحق يستيقن ذلك ، ولا يستضر من ترك العمل .

يقول الامام الشاطبي في حكم هذه الحالة ومبنى المسئولية فيها : « فله نظران : نظر من حيث كونه قاصدا لما يجوز أن يقصد شرعا،من غير قصد اضرار بأحد ، فهذا من هذه الجهة جائز لا محظور فيه .ونظرٌ من حيث كونه عالماً بلزوم الضرر مستيقن بذلك ، ولا يستضر من منعه من استعمال حقه » ويرى الامام الشاطبي أن حكم هذه الحالة يتردد بين نظرين :

« نظرٌ من حيث كونه ـ المستعمل لحقه ـ قاصداً لما يجوز أن يقصد شرعا من غير قصد إضرار باحد ، فهذا من هذه الجهة جائز لا محظور فيه » .

« ونظرٌ : من حيث كونه عالماً بلزوم مضرة الغير لهذا العمل المقصود ، مع عدم استضراره بتركه؛ فانه من هذا الوجه **مظنة لقصد الاضرار**؛ لانه في فعله إما فاعل لمباح صرف لايتعلق بفعله مقصد ضروري ولا حاجي ولا تكميلي، فلا قصد للشارع في ايقاعه من حيث يوقع ـ وإما فاعل لمأمور به على وجه يقع فيه مضرة ، مع إمكان فعله على وجه لايلحق فيه مضرة ، وليس للشارع قصد في وقوعه على الوجه الذي يلحق به الضرر دون الآخر »

« وعلى كلا التقديرين فتوخيه لذلك الفعل على ذلك الوجه مع العلم بالمضرة لابد فيه من أحد أمرين : إما **تقصير في المنظر المأمور** به ، وذلك ممنوع ،وإما

(مظنه)[1] قصده الى نفس الاضرار ، وهو ممنوع أيضاً ، فيلزم ان يكون ممنوعا من ذلك الفعل ، لكن اذا فعله فيعد متعديا بفعله ، ويضمن ضمان المتعدي على الجملة[2] » ا هـ .

وكذلك الحكم في الصورة التالية ، وهي حالة افضاء استعمال الحق الى الضرر في الغالب من الظن لا على سبيل القطع .

يقول الامام الشاطبي في بيان حكم هذه الحالة مع التوجيه : « أما ان الاصل الاباحة والإذن فظاهر ... وأما ان الضرر والمفسدة تلحق ظناً ، فهل يجري الظن مجرى العلم ، فيمنع من الوجهين الاولين : - وهما التقصير في النظر الى المأمور به ، ومظنة قصد نفس الاضرار - أم لا ؛ لجواز تخلفها ، وان كان التخلف نادراً ؛ ولكن اعتبار الظن هو الارجح » وأتى بالأدلة على ذلك . ثم يقول : والحاصل من هذا القسم أن الظن بالمفسدة والضرر لا يقوم مقام القصد اليه ، فالأصل الجواز من الجلب - للمصلحة - أو الدفع - أي للمفسدة ، وقطع النظر عن اللوازم الخارجية[3] ، الا أنه لما كانت المصلحة تسبب مفسدة من باب الحيل ، او من باب التعاون ، منع من هذه الجهة لا من جهة الاصل ، فان المتسبب لم يقصد مصلحة نفسه ، فإن حمل محمل التعدي فمن جهة أنه مظنة التقصير ؛ ... ولذلك وقع الخلاف فيه : هل تقوم مظنة الشيء مقام نفس القصد الى ذلك الشيء أم لا[4] » ؟

هذا ، واذا كان التقصير في النظر المأمور به ، أو مظنة قصد الاضرار يعتبر تعديا ، فقصد الاضرار يعتبر تعديا من باب أولى .

---

(١) باضافة مظنة يستقيم الكلام ؛ اذ الفرض انه لم يقصد بالفعل ، راجع تعليق الشيخ دراز ص ٣٥٧ جـ ٢ موافقات .

(٢) المرجع السابق ص ٣٥٧ و ص ٣٥٨ جـ ٢ .

(٣) اي واقعات الضرر المادية التي تلزم عن الافعال المشروعة .

(٤) الموافقات جـ ٢ ص ٣٦٠/٣٦١ .

ويستفاد من هذا ، ان عناصر « التعدي » عند الامام الشاطبي هي مايلي :

أولاً – تمحّض قصد الاضرار بالفعل ،وهو يعتبر تعديا من الطراز الاول .

ثانياً – مظنة قصد الإضرار التي تستفاد من القرائن .

ثالثاً – الإهمال للمعنى الاجتماعي الذي أمر به الاسلام ، من قوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » واتخاذالاحتياط للحيلولة دون الاضرار بغيره ، أو بعبارة أخرى ، التقصير في إدراك الامورعلى وجهها الصحيح ، واهمال المعاني الاسلامية[1] من قوله ﷺ « أحب لأخيك ما تحب لنفسك » .

والخلاصة: ان الامام الشاطبي يكيّف التعسف بأنه «تعدٍ» بطريق التسبب ، ولا يلتزم في ذلك ضابط التعدي عند الأقدمين من الفقهاء[2] ، وهو ضابط موضوعي ، يعتمد على أمور مادية خارجية ،من كون الفعل غير مشروع لايستند الى حق اصلاً ؛ فلا يشمل العناصر النفسية أو الشخصية من نية الاضرار او مظنة ذلك ، أو التقصير أو الاهمال في اتخاذ الحيطة للحيلولة دون وقوع الضرر بغيره .

وهكذا يجعل الإمام الشاطبي معيار التعدي ذاتياً ، قوامه عناصر نفسية من القصد الى الاضرار ، او مظنته ، أو الاهمال والتقصير ، ثم يُغفل الشرط الاول في التعدي ، وهو الفعل غير المشروع أصلاً ؛ **ليدخل بذلك التعسف في مفهوم التعدي ، ويجعل التعسف في استعمال الحق مجرد تطبيق لمعيار التعدي** ، وعلى ذلك لايكون ثمة نظرية للتعسف قائمة بذاتها ؛ لأن نظرية التعدي كافية في امداد حالات التعسف بالحلول . وبذلك يقترب في هذا النظر من فكرة (الخطأ) عند فقهاء القانون ، في اعتبارها مبنى للمسئولية التقصيرية او بعبارة أخرى يتفق مع القائلين بأن نظرية التعسف مبناها « الخطأ التقصيري » في النظرية التقليدية للمسئولية المدنية ،

---

(١) انظر في هذا التفسير الى قول الامام الشاطبي « تقصير في النظر المأمور به . بحث الشيخ أبي زهرة في التعسف » في كتاب اسبوع الفقه الاسلامي ص ٣١ .

(٢) سيأتي بيان ذلك .

أو مع القائلين بان التعسف صورة جديدة من صور « الخطأ » نتيجة للتوسع في مفهوم الخطأ [1] ؛ استجابة لتطورات الحياة الاقتصادية .

ونحن لا بد لنا من النظر في هذا التكييف لنظرية التعسف ومبنى الضمان فيها ، وهذا يقتضينا ان نتتبع فكرة « التعدي بطريق التسبب » عند الفقهاء - الأقدمين والمتأخرين - لنرى هل في تطور فكرة التعدي في الفقه الاسلامي مايسمح باستيعاب حالات التعسف ، واقامة المسئولية بالتالي على أساسه ،أو أن تأصيل التعسف على فكرة « التعدي » بالتسبب فيه تعسف ظاهر ؛ لقصوره عن استيعاب جميع حالات التعسف ، وعلى ذلك ؛يجب التماس أصل آخر لهذه النظرية من الفقه الاسلامي ومبادئه العامة ،بالنظر للطبيعة الخاصة التي يتميّز بها التعسف؟

التعدي بالتسبب عند الفقهاء الاقدمين :

فرق الفقهاء بين نوعين من الاتلاف هما :

١ - الاتلاف مباشرة ٢ - الاتلاف تسبباً

وجعلوا لكل منهما حكمه من حيث الضمان .

فحكم المباشر انه ضامن، سواء كان متعمداً أم متعديا، أم لم يكن [2]، أما المتسبب فلا يضمن ، الا اذا تعمّد [3] أو تعدى .

---

(١) الوسيط للدكتور السنهوري ج ٢ ص ٨٤٣ - المسئولية المدنية - الاحكام العامة للدكتور سليمان مرقس ص ١١٥ . ومعيار الخطأ في الفقه القانوني : الاخلال بواجب قانوني مع قصد الاضرار ، أو على الاقل ،مع امكان توقع حدوث الضرر منه، المرجع السابق ص ٢٥ ، أو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي ، الوسيط ج ١ ص ٨٤٣ .

(٢) المادتان ٩٢ و ٩١٢ من مجلة الاحكام العدلية .

(٣) اي تعمد ايقاع الفعل الضار - شرح المجلة - محمد سعيد مراد الغزي ج ١ ص ١٤٦ : انه يشترط في ضمان المتسبب محظورية الفعل مع القصد والاختيار في ايقاعه ، وهذا هو المراد من التعمد ، في عبارة المادة راجع اعداد من ٨٨١ - ٩٤٠ من مجلة الاحكام العدلية .

يقول الامام السرخسي : « واذا حفر الرجل في سوق العامة بئراً أو بنى فيها دكانا بغير أمر السلطان ، فهو ضامن لما عطب من شيء ؛ لانه متعد في هذا التسبب . واذا فعله بأمر السلطان لايكون متعديا في هذا التسبب ، فلا يكون ضامناً بمنزلة ما لو فعله بملكه [1] » ، اي من حيث ان امر السلطان صيّر اصل الفعل مشروعاً .

ويقول أيضاً : « واذا سار على دابته فيه - في الطريق - لم يكن ضامناً للنفحة بالرجل والذنب ؛ لأن هذا جزء من الطريق كسائر اجزاء الطريق ، فالسير فيه يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن التحرز عنه ،دون ما لا يمكن »[2] .

ويقول ايضاً : « والمتسبب انما يكون ضامناً اذا كان متعديا بسببه ؛وهو في ملك نفسه لا يكون متعديا »[3] .

وفي مجمع الضمانات :

« المباشر ضامن وان لم يتعمد ولم يتعد،والمتسبب لايضمن الا أن يتعدى، فلو حفر بئراً في ملكه فوقع فيها انسان لم يضمن »[4] .

ويوضّح الدكتور المحمصاني تعريف التعدي : إنــه « العمل بدون حق ولا جواز شرعي » .

ويقول ايضاً : « ان اشتراط التعدي لوجوب الضمان يستتبع انتفاء الضمان عند عدم التعدي ، أي في كل مرة يكون العمل فيها جائزاً شرعاً ، وذلك عملاً بالقاعدة الشرعية المعروفة : « الجواز الشرعي ينافي الضمان[5] » .

وجاء في تبيين الحقائق للزيلعي ، في تعليل اشتراط التعدي بالتسبب دون

---

(١) ويقول السرخسي والمباشر في ملكه وفي غير ملكه سواء في ايجاب الضمان المبسوط جـ ٧ ص ٢٥ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٦ .

(٣) المرجع السابق جـ ٧ ص ٥ .

(٤) مجمع الضمانات ص ١٤٦ .

(٥) الموجبات والعقود للدكتور صبحي المحمصاني جـ ١ ص ١٧٥ و ١٨٦ .

المباشرة : « لأن المباشرة علة ، فلا يبطل حكمها بعذر ، والتسبب ليس بعلة ، فلا بد من التعدي ، ليلتحق بالعلة »[1] .

وأورد الزيلعي تطبيقاً لهذه القاعدة :

« اتخذ بئراً في ملكه أو بالوعة، فنزّ منها حائطُ جاره، وطلب تحويله، لم يجبر عليه ، وان سقط الحائطُ منه لم يضمن ؛ لانه تصرف في خالص حقه ؛ **ولان هذا تسبب ، وبه لايجب الضمان الا اذا كان متعديا[2]** » .

ما يستخلص من تعاريف الفقهاء القدامى « للتعدي » وتطبيقاتهم :

ويتبين من ذلك، أن فقهاء الشريعة لم يشترطوا لايجاب الضمان «خطأ» للفاعل بالمعنى المعروف عند فقهاء القانون؛ بل اكتفوا بمباشرة الفعل الضار، أو بالتعدي في حالة التسبب ، وهو في نظرهم **مجرد ارتكاب الفعل الضار دون حق** ، بقطع النظر عن الحالة النفسية للمتسبب من نوع اهمال أو تقصير أو عدم تبصر منه .

وعلى هـذا فليس كل فعل ضار محرماً أو ممنوعاً عندهم ، بل لابد ـ للمنع والتحريم ـ من أن يحصل هـذا العمل تعديا ، أي بدون حق أو جواز شرعي اصلاً، عملاً بالقاعدة العامة « الجواز الشرعي ينافي الضمان » .

لذا ، فالضرر النـاتج عن عمل مباح أو استعمال حق ، لا يوجب التعويض ولا المنع[3] بمقتضى القاعدة العامة التي سلكوها في تفريعاتهم .

على أن بعض الفقهاء جرى على اعتبـار المنع من استعمال الحق اذ أفضى الى الاضرار بالغير مستثنى من القاعدة المذكورة[4] .

ولكن ، مع التسليم بهذا ، فالبحث يدور حول مبنى **هذا الاستثناء** .

فبعضهم جرى على اعتبار ان القاعدة مقيدة في ذاتهـا ، وعلى ذلك فالجواز

---

(١) تبين الحقائق جـ ٥ ص ١٤٧ .

(٢) جـ ٦ ص ٢٥٥ .

(٣) الموجبات والعقود للدكتور المحمصاني جـ ١ ص ١٧٤ .

(٤) المرجع السابق ص ١٧٤ .

الشرعي المقيد[1] ، لاينافي الضمان ، اما الجواز الشرعي المطلق ، فهو الذي ينافي الضمان ، والشارع قد أورد قيوداً في الاباحات ، ألا ترى أن السير في الطريق مقيد بشرط السلامة ، واذا اعتبرنا القاعدة مقيدة ، فان الاستثناء منها يقل ، لاسيما اذا اعتبرنا الحق مقيداً أيضاً ، وهذا نظر سديد ؛ غير أنه لم يبين مبنى هذا الضمان ، هل هو التعدي بالمفهوم الفقهي التقليدي ؟

تطور فكرة التعدي في الفقه الاسلامي :

إن فكرة التعدي مالبثت أن تطورت في الفقه الاسلامي ، فلم تعد تقتصر على المعيار الموضوعي ، وهو مجرد ارتكاب الفعل الخارج عن حدود الحق ؛ بل اخذت تشمل عناصر نفسية ، من عدم التبصر والاهمال ، ورأينا الامام الشاطبي أخيراً يجعلها شاملة للاساءة في استعمال الحق ، حيث يقيد سلطة ذي الحق بواجبات تفرض عليه إبان استعمال هذه السلطة من التبصر والحرص والاحتياط ؛ للحيلولة دون التسبب في ايقاع الضرر بالغير فيكون وجوب تجنب قصد الاضرار به عن طريق استعمال الحقوق والاباحات من باب أولى ؛ فكانت هذه الواجبات مدعاة للبحث عن مقدرة الفاعل على التمييز والحرص والتبصر ، وهي عوامل نفسية تقتضي تقدير التعدي تقديراً شخصياً ، بعد أن كان تقديره موضوعياً ، يقاس بمجرد الخروج عن حدود الحق ، وبذلك اقتربت فكرة التعدي في الشريعة من فكرة الخطأ التقصيري التي جعلتها القوانين الوضعية اساساً للمسئولية المدنية .

وقد جاء ايضاً في الفقه الحنبلي ما يؤيد اعتبار الاهمال او التقصير في الاحتياط تعديا .

جاء في المغنى « لاضمان على الراعي اذا لم يتعد » ويقول صاحب المغنى في تعليل ذلك : « ولنا أنه مؤتمن على حفظها ، فلم يضمن من غير تعد ، كالمودع ؛ ولأنها

---

(١) الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد للاستاذ مصطفى الزرقا ، ج مجلد/٢ ص ٩ ١٠ .

عينٌ قبضها بحكم الاجارة، فلم يضمنها من غير تعد، كالعين المستأجرة، فاما ماتلف بتعديه فيضمنه بلا خلاف، مثل ان ينام عن السائمة، أو يغفل عنها، أو يتركها تتباعد منه، أو تغيب عن نظره[1] وحفظه .. مما يعد تفريطاً وتعدياً .

وجاء هذا المعنى في فقه الحنفية ايضاً[2].

والذي يحتكم في التفرقة بين التعدي والتعسف، عنصرٌ هام، هو أن الفعل في الاول غير مشروع لذاته ؛ لانه لايستند الى حق أو جواز شرعي، أي أنه معيب في ذاته، في حين أن الفعل في الثاني مشروع لذاته ؛ ولكنه مشوب بعيب في باعثه او نتيجته، وهذا ما أوضحه الامام الشاطبي في غير موضع بصدد الانتفاع بالنعم ؛ فالمكلف إذا تصرف بالنعمة على الوجه الذي قصده الشارع، فلا لوم ولا تثريب، ومأتى الذمّ ليس هو أصل النعمة ؛ بل الانحراف عن الوجه المشروع الذي رسمه الشارع لاستعمالها او الانتفاع بها، اذ يقول :

« فاذا تأملت الحالة، وجدت المذموم تصرف المكلف في النِّعم، لاأنفس النعم، إلا أنها لما كانت آلة ـ ذريعة ـ للحالة المذمومة، ذمت من تلك الجهة، وهو القصد الثاني » .

ثم يوضح أن الذم انما جاء من سوء استعمال الحق او الاباحة، لا من أصل الفعل بقوله : « فلم يزل أصل المباح، وان كان مغموراً تحت اوصاف الاكتساب **والاستعمال المذموم**[3] » .

ويبين الامام الشاطبي أن اساءة استعمال الحق من كفران النعمة، وان النعمة اذا جرت في التكليف بحسب المشروع، فذلك هو الشكر الذي انزلت الشريعة لبيان وجهه[4] » .

---

(١) المغنى جـ ٥ ص ٤٩٦ .

(٢) تبين الحقائق جـ ٥ ص ١٤٧ .

(٣) الموافقات جـ ٣ ص ٨٣ و ٢١٩ .

(٤) المرجع السابق .

ثم يأتي بالادلة على ذلك من الـكتاب الكريم ، والسنة المطهرة ، ويعلق الشيخ عبد الله دراز على الحديث « لا يأتي الخير الا بالخير » اي اذا سار في طريقه واستعمله في حدوده ، فاذا انحرف بـه عن حده ، جر الى المفاسد ؛ ولكن ليس هذا من طبيعة الخير ، وإنما هو مما دخل عليه » أي من اساءة الاستعمال .

فالذي تحصل من هذا ، ان اصل الفعل[1] في التعسف مشروع ـ كما قدمنا ـ لانه يستند الى حق ، وان الانحراف عن قصد الشارع ، انما كان في كيفية استعماله ، وهو مأتى الأساءة ، وليس كذلك الفعل في التعدي ، فانه غير مشروع أصلا وهذا كاف في فرض التمييز والتفرقة بينهما .

هذا من حيث الاصل والطبيعة ، وثمة فرق من حيث الضوابط التي يخضع لها الفعل المتعسف فيه .

وذلك ، أن الفعل في التعدي بما هو غير مشروع لذاته ، يضمن مرتكبه كل مالحق بغيره من ضرر بسببه ، كثيراً كان الضرر أم قليلا ، بينما لا يضمن المتعسف في بعض الحـالات الا اذا كان الضرر على قدر معين من الجسامة ، كالمالك الذي يلحق بجـاره ضرراً من جراء استعماله لملكه ، يشترط ان يكون الضرر فاحشا حتى يعتبر المالك متعسفاً .

قصور ضابط التعدي عن استيعاب حالات التعسف :

بينا ان التعدي بطريق التسبب ـ كما درج عليه الفقهاء القدامى ـ يعتمد فعلاً غير مشروع لذاتـه ، وهذا يستتبع ان الفعل إذا كان ضمن حـدود الحق وتسبب عنه ضررٌ للغير لايمنع منه ، وبالتالي لايسأل عنه صاحبه ولا يضمن ؛ لانه تصرف في حدود حقه ، هـذا هو الاصل في فكرة التعدي عن طريق التسبب ، ورأينا ان هذا المعنى قد تطور عند المتأخرين فأقاموه على عنـاصر نفسية من قصد الاضرار ، او التقصير والاهمال ، اي بعد ان كان معيار التعدي

(١) سواء أكان الفعل مباحاً أم واجباً ـ انظر هامش ص ٢١٦ ج ٣ الموافقات .

موضوعياً اصبح ذاتياً شخصياً قائماً على عنصر « الارادة » فلو صرفنا النظر عن اشتراط كون الفعل في التعدي غير مشروع لذاته ، وأخذنا بالمعيار الاخير ، لوجدناه قاصراً عن استيعاب جميع حالات التعسف ؛ لانه ضيق من نطاق النظرية . وبيان ذلك ، ان الامام الشاطبي قد بحث حالات من التعسف نشأت بمعزل عن الارادة ،اي لم يتوافر فيها قصد الاضرار أو التقصير والاهمال ، حتى ولا مظنته ، ورد الحكم فيها الى قاعدة سد الذريعة التي تحفل بالواقع المادي ، ولو كانت نية المكلف حسنة . وفي هذه الصورة من التعسف لايستقيم فيها تطبيق معيار التعدي الموضوعي عند القدامى ، أعني الفعل الذي يجاوز حدود الحق،كما لايستقيم تطبيق معيارالتعدي بهذا المعنىالاخيرعند الامامالشاطبيوغيره، القائم على عناصر نفسية ، ذلك ؛ لأن هذه الحالة من التعسف تعتمد معياراً موضوعياً آخر ، هو الموازنة بين مايعود على صاحب الحق من نفع ،وما يترتب على فعله من مفسدة ، فاذا كانت هذه الاخيرة راجحة منع ، والا فلا ، ولا ينظر في ذلك الى نية المكلف أو اهماله ؛ بل الى هذا الواقع المادي في حد ذاته ، او ان شئت قلت ، المسئولية المادية التي تعتمد ضابطاً موضوعياً قوامه الموارنة بين النفع وما يلزم عنه من ضرر ومفسدة ، وان التعسف يتحقق كلما اختل هذا التوازن ، ورجح الضرر ، ولنضرب لذلك أمثلة .

الاول ــ استعمال الحق الشخصي اذا لزم عنه ضرر عام .

يقول الامام الشاطبي في هذه الحال : « والثاني : ان لايقصد إضراراً بأحد ، وهو قسمان : احدهما [1] ان يكون الاضرار عاماً ، كتلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ، والامتناع من بيع داره أو فدانه ، وقد اضطر اليه الناس لمسجد جامع او غيره » .

ويقول في هذه الحالة الاخيرة : « وان امكن انجبار الاضرار ورفعه جملة ، فاعتبار الضرر اولى ، فيمنع الجالب أو الدافع مما همّ به ؛ لأن المصالح العامة

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٤٨ – ٣٥٠ .

مقدمة على المصالح الخاصة، بدليل النهي عن تلقي السلع وعن بيع الحاضر للبادي، واتفاق المسلمين على تضمين الصناع مع ان الاصل فيهم الامانة .. الخ.. [1] ».

وهذا صريح في أن التعسف لايقوم على عنصر نفسي ؛ لأن الفرض في هذا القسم، أنه لايقصد اضراراً بأحد، كما مرَّ، ومتلقي السلع، قد لايقصد الاضرار بالعامة ، كما هو الفرض؛ بل لعله يقصد القيام بواجب السعي ابتغاء طلب الرزق لعياله ، وهو من المقاصد الحاجية اذا كان يترتب على تركه وقوع اسرته واولاده في عسر ومشقة .

الثاني – في مضارّ الجوار . فقد تكون الاضرار الفاحشة التي تلحق بالجار نتيجة لاستعمال مشروع[2] وعادي لحق الملكية ، كما في اقامة مصنع يؤثر بضوضائه ودخانه الكثيف على حي سكني راق ، فيصيبه باضرار بينة في راحتهم وصحتهم ، او يعطل عليهم انتفاعهم باملاكهم على الوجه المعتاد ، ولو كان انشاء المصنع سابقاً على وجود الحي على الاصح.

والحكم الفاصل في ذلك ، أي فيمن يجب ان يتحمل الاضرار – صاحب المصنع أو اهل الحي – يعتمد على الموازنة بين النفع والضرر ، فتدخل في ذلك الاعتبارات الاقتصادية ، ويتخذ درء التعسف حينئذ صورة ترجيح مصلحة على اخرى ، دون نظر الى العناصر النفسية على الاطلاق . وهذا النظر يقتضي ان تبحث حالات مضار الجوار – كلٌ على حدة ، ويكون الحكم في كلٍ منها ، على ضوء النتائج المادية اللازمة عن استعمال الحق ، والموازنة بينها ، فما غلبت المصلحة فيه شرع ، وما غلبت فيه المفسدة منع ، **فالتعسف في استعمال حق الملكية بما ينشأ عنه من مضار الجوار ، لايقوم على المعيار الذاتي او الشخصي ؛ بل على المعيار المادي المحض .**

وقد اكد هذا النظر بعض الكاتبين المحدثين ، فسمي هذا المعيار «بالنظرية

---

(١) المرجع السابق .

(٢) جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٧ .

المادية لسوء استعمال الحق » والواقع ان هذا معيار واحد من معايير النظرية ، وليس هو نظرية قائمة بذاتها .

وفي الواقع ، أن هذا المعيار أوحى به الاصل الذي قامت عليه الشريعة ، من جلب المصالح ودرء المفاسد، وما تفرع عنه من المقررات الشرعية من مثل: «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح » وهذا الاصل العام يؤيد نظرية التعسف؛ اذ يقيم جانباً منها على معيار الموازنة . ولعل هذا الاصل هو الذي حدا بفقهاء الحنفية الى القول بنظرية **الاستحسان**، لما فيها من النظر في المآل ، كما حمل المالكية والحنابلة الى القول بقاعدة « سد الذرائع » وكما دفع الامام مالك الى الأخذ بمبدأ المصالح المرسلة ، ومبدأ مراعاة الخلاف ، والامام الغزالي الى القول بالاستصلاح .

الثالث – قد ذكر الامام الشاطبي في حالة استعمال الحق اذا ترتب عليه ضرر خاص غير مقصود؛ ولكن يكثر وقوعه بسبب هذا الاستعمال، ولا يغلب على الظن ، فان مالكاً يمنعه ؛ إمعاناً منه في الاحتياط لدرء المفاسد ، في حين أنه لم يقم دليل على العلم بلزوم هذا الضرر، ولا على الظن الغالب؛ حتى يعتبر العلم أو الظن مظنة لقصد الاضرار ، كما لم يقم دليل على تقصيره أو إهماله بداهة ؛ ولذلك لم يأخذ بالمنع الشافعية والحنفية .

ويوجه الامام الشاطبي قول مالك بالمنع ، بأنه من باب الاحتياط وسد الذريعة ، ولنستمع الى الامام الشاطبي في تقرير ذلك :

« وأما الثامن : وهو ما يكون أداؤه الى المفسدة كثيراً ، لا غالباً ، ولا نادراً ، فهو موضع نظر والتباس ، والاصل فيه الحمل على الاصل من صحة الاذن، كمذهب الشافعي وغيره ؛ ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفيان ؛ إذ ليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر، واحتمال القصد للمفسدة والاضرار لا يقوم مقام نفس القصد، ولا يقتضيه؛ لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة » .

« وأيضاً فانه لايصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصراً ولا قاصداً ، كما في العلم والظن ؛ لأنه ليس حمـــله على القصد اليها أولى من حمله على عدم القصد لواحد منها ، وإذا كان كذلك ، فالتسبب المأذون فيه قويٌ جداً ، إلا إن مالكاً اعتبره في سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعاً ... الخ » .

ولكن هـذا التعليل غير واضح ، ولا يدفع حجة الاولين – كما يقول المعلق(1) ، ولا يعدو أن يكون احتمالاً لا يبلغ علماً ولا ظناً .

والواقع ، أن عدم وضوحه آتٍ من تأصيله على فكرة التعدي ، أما لو أقيم على ضابط آخر من الموازنة للنتائج الواقعية ، لكان أبين .

هذا ، وقد التفت الاستاذ الشيخ أبو زهرة الى هـذا المعيار المادي للتعسف الذي لا علاقة له بمفهوم التعدي قديمه وحديثه ، حيث يقول في هـذه الحالة : « ما يكون ترتب المفسدة على الفعل كثيراً ؛ ولكن لايبلغ درجة الغالب الراجح ، فيرجح جانب المفسدة على جانب أصل الاذن في الفعل ، كالبيع بالأجل الذي قد يؤدي الى الربا كثيراً ، وإن لم يكن غالباً ... الخ .

ثم يبين أن وجهة نظر الامام مالك تقوم على اعتبارات ثلاثة :

أولها – أنه ينظر الى الواقع لا الى المقاصد ، وقد وجد أن المفاسد المترتبة على الفعل كثيرة ، وإن كانت قابلة للتخلف ، فكانت المفسدة قريبة الوقوع ، ويجب ملاحظتها والاحتياط لها(1) عند العمل : . الخ ... ويكفينا هذا الاعتبار لإقامة الدليل على أن التعسف يقوم على غير ضابط التعدي .

الرابع – ان التعسف مبني على قاعدة سد الذرائع ، وهي قاعدة تقوم على النظر في مآلات الافعال ، أمـــا النظر الى النية او الاهمال او التقصير فأمر ثانوي .

ويقول الاستاذ الشيخ ابو زهرة في هذا الصدد : «إن أصل سد الذرائع لاتعتبر

---

(1) كتاب مالك للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ص ٤١٢ .

النية فيه على أنها الامر الجوهري في الاذن او المنع ، انما النظر فيه الى النتائج والثمرات ؛ فان كانت نتيجة العمل مصلحة عامة كان واجباً بوجوبها ، وان كان يؤدي الى فساد ، فهو ممنوع بمنعه ؛ لأن الفساد ممنوع ، فما يؤدي إليه ممنوع أيضاً ، والمصلحة مطلوبة ، فما يؤدي اليها مطلوب ، والنظر في هذا الاصل ينتهي بنا الى أنه ثبت لتحقيق الاصل السابق، وهو جلب المصالح ودفع المفاسد ماأمكن الدفع والجلب ؛ فانه لما كان مقصود الشريعة اقامة مصالح الدنيا على طريق تحكم فيه بحكم الدين المسيطر على الوجدان والضمير ، ودفع الفساد ، ومنع الاذى حيثما كان ؛ فكل مايؤدي الى ذلك من الذرائع والاسباب يكون له حكم ذلك المقصد الاصلي ، وهو الطلب للمصلحة والمنع للفساد والاذى[1] » .

وهذا النظر — كما ترى — يجعل تكييف الفعل المأذون فيه في الاصل رهناً بمآل التصرف من المصلحة أو المفسدة الراجحة ، اي ان المعيار الموضوعي يتخذ من ثمرة العمل أساساً للحكم على الفعل ببقاء المشروعية أو سلخها عنه ، الامر الذي يتعارض مع اعتبار مبنى التعسف قائماً على التعدي بطريق التسبب بالمعيار الشخصي أو الذاتي ، فضلاً عن الموضوعي ، وهو الخروج عن حدود الحق .

الخامس — قد يكون في استعمال الحق انحراف عن المصلحة التي قرر من أجلها الحق دون أن ينجم عن ذلك ضرر بأحد ، كنكاح التحليل مثلاً ، عند القائلين بمنعه وتحريمه ؛ لانه لم يقصد به تحقيق الحكمة التي من أجلها شرع النكاح من التناسل والتوالد والمودة ؛ بل اتخذ ذريعة لتحليل المطلقة ثلاثا الى زوجها الاول[2] ، فكيف يطبق معيار التعدي بطريق التسبب هنا ، مع أن التعسف فيه ظاهر ؟!

هذا ، وسنبين رأينا في تأصيل التعسف وتكييفه بعد عرض آراء الفقهاء المعاصرين في هذه المسألة .

---

(١) كتاب مالك ص ٤١٠ .

(٢) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ١٥٧ .

المبحث الثالث

التكييف الفقهي للتعسف وتأصيله عند بعض الفقهاء المعاصرين

ذهب بعض الكاتبين من الفقهاء المعاصرين الى أن التعسف من باب التعدي بطريق التسبب [1] .

يقول الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة: « وأنه بسبب منع التعسف في استعمال الحق ، ومنع التعدي على الآحاد، قرر الفقهاء في هذه الحال ، أن الفعل يتوارد عليه أمران : احدهما بالاذن ، وهو مايقوم على أصل ثبوت الحق ... الخ .

وهكذا يصف فضيلته التعدي تارة بأنه تعسف، وطوراً بانه تجاوز[2]، وأحياناً يصف للفعل غير المشروع اصلا بأنه تعسف ، حيث يقول : ومن تعدى بالقيام بعمل ليس له ؛ فانه يكون متعسفاً في استعمال الحق[3] ، وظاهر ان مثل هذا العمل لايستند الى حق اصلا ، فهو مجرد تعد ، اذ التعسف انما يكون في دائرة عمل مشروع في الاصل ، كما هو معلوم .

---

(١) انظر بحث الاستاذ الشيخ ابي زهرة في « التعسف » في اسبوع الفقه الاسلامي وخاصة ص ٣٩ و ٤٠ و ٤٢ و ٧٥ ويعبر احيانا بالتعدي عن التعسف ، فيقول في التعسف السلبي « بعد الممتنع متعديا » ويعبر عن التعسف احيانا بالتجاوز ، والتجاوز ليس من التعسف في شيء ، انظر ص ٤٢ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٢ .

(٣) المرجع السابق ص ٨٦ .

ويصرح بعضهم[1] بأن التعسف من باب التعدي بطريق التسبب، اذيقول: « عرفنا أن انواع التعسف اربعة ، وأن الثلاثة الاولى منها مبنية على قاعدة سد الذرائع التي تقول : إن المشروع إذا أدى إلى محظور كان محظوراً ، والمباح إذا أدى الى حرام كان حراما ... » .

« وبناء عليه يكون المتعسف في استعمال الحق قد تسبب في أمر محظور متعدياً بطريق التسبب ؛ لتقصيره عند استعمال حقه ، بقصد الضرر ، أوبالسعي في حصول مفاسد غالبة ، أو في تحقيق اغراض غير مشروعة ، فيكون مسئولاً عن هذا التقصير[2] » .

قبل مناقشة العلماء في هذا التكييف ، نود ان نوضح بعض امور تمهيدية ليتبين الفرق بين التعدي والتعسف ، ومشكلة هذا التكييف تنشأ عن أن التعدي ما معياره وضابطه ؟ وهل يقصر « التعدي » عن ان يشمل حالات التعسف جميعها ؟ فيبقى التسبب المطلق هو منشؤه ، واذا ثبت قصوره فعلى أي أصل تُبنى المسئولية في التعسف ، إن في الدافع ابتداءً ، أو في وقوع الضرر عينا ، أو التعويض ؟

لابد للاجابة على ذلك من اجراء المقارنة بين التعسف والتعدي بطريق التسبب .

إن من أول العناصر المكونة للتعدي هو مجاوزة الحق ، أو القيام بعمل لايستند الى جواز شرعي ، أي بدون حق . فالمتعدي إنما يعمل في دائرة عدم المشروعية ، كما قدمنا .

أما التعسف ، فان مجاله العمل المشروع في ذاته ، والعيب مأتاه إما من القصد المناقض لقصد الشارع ، أو النتيجة المادية المترتبة على استعمال الحق ، بدليل **ان المتعسف لو عاود الفعل ذاته غير مشوب بعيب قصد الاضرار ، أو لم**

---

(١) الاستاذ الشيخ أحمد أبو سنه ، اسبوع الفقه الاسلامي ص ١١٩ .

(٢) المرجع السابق ص ١١٩ .

يلزم عنه نتيجة هي مفسدة راجحة ، لزال عنه وصف التعسّف ، وغدا فعله سليا مشروعا لاغبار عليه .

أما التعدي ، فالفعل غير مشروع في ذاته .

ويتجه على هذا النظر أمور :

اولاً - إن قيام الفرد بعمل لم يُشرع له اصلاً ، هو مجرد تعدٍ وتجاوزٌ لحدود حقه ، والمتعسف - كما قلنا - انما يقوم بعمل مأذون له فيه ، او له سلطة القيام به شرعا .

ثانياً - ان التعدي بطريق التسبب يعتمد فعلاً لايستند الى حق اصلاً ، كما ذكرنا ، ولو اعتبرنا معياره بالمعنى الشخصي أو الذاتي ، فانه قاصر عن استيعاب صور التعسف التي لاتتعلق بالنية أو الاهمال أو التقصير ، او حتى مظنه ذلك ، فضلاً عن أنه يعتمد فعلاً غير مشروع لذاته ، ومثال ذلك :

اولاً : الضرر العام الذي يلزم عن تصرف الفرد فيما منح من حق أو إباحة ؛ فانه يمنع منه ، ولو لم يقصد الى ذلك الضرر ، او يقصر في الاحتياط ؛ بل ولو كان الباعث عليه مشروعا أو حسناً ، من مثل تلقي السلع ، او اقامة مصنع في ظاهر المدينة ليساهم في الاقتصاد الوطني او الثروة الوطنية ، وهو استعمال مشروع ومعتاد لحق الملكية ، ثم ينشأ حوله بعد حين حي راقٍ للسكن ، بحيث أضحى وجود المصنع مصدر قلق وازعاج وخطر على صحتهم ، أو معطلا لانتفاعهم بالمنافع الاصلية المقصودة عادة من العقارات التي يسكنونها ، فالسلوك معتاد ، والتصرف في دائرة الحق ، ومعتاد أيضاً ، والباعث مشروع ، والمصنع سابق في وجوده على الحي ، ومع ذلك يمنع اذا أربى ضرره على نفعه ، عملاً بالمقررات الشرعية ، من ان الضرر يزال ، قديماً كان أم حادثا ، ويختار اهون الشرين ، فهذه القواعد لاتقيم وزنا للعناصر النفسية ، وانما تنظر الى الوقائع الخارجية .

وقد فصلنا القول في ذلك آنفاً .

ثانيا – نظرية العذر[1] :

وما القول في نظرية «العذر» التي قال بها الحنفية في فسخ عقود الايجار وانفساخها، وهي تشمل مايسمى في القانون « بالظروف الطارئة » وكلاهما يدور في فلك نظرية التعسف ، ومعلوم ان العذر لايد فيه لأي من المتعاقدين ؛ بل لم يكن متوقعا ، ومع ذلك يفسخ العقد ، او يعتبر منفسخا ، نزولا على مقتضيات العدالة، ومنعا للتعسف ، فاين التعدي بطريق التسبب هنا ، وما وجه تحقق معياره ؟!

ثالثا – مبنى النظرية في معيارها المادي المنبثق عن مبدأ سد الذرائع :

على ان بعضهم قد ذكر أن نظرية التعسف تقوم على قاعدة سد الذرائع ، ومعلوم أن هذه القاعدة لاتعتبر العناصر النفسية من الباعث أو النية أو التقصير العنصر الجوهري ، وانما تنظر الى ثمرات الافعال ونتائجها ، وعلى ضوئها تحكم ببقاء مشروعية الفعل ، أو انسلاخها عنه ، بقطع النظر عن البواعث والقصود ، أو الاهمال وترك الاحتياط ، اي بقطع النظر عن « الارادة ».

ولو قلنا أن « **الذرائع** » يتجه فيها النظر اتجاهين : الاول الى **الباعث** – والثاني **الى المآلات او النتائج** ، فان معيار التعدي بطريق التسبب لاينطبق على هذا الاتجاه الثاني في الذرائع ، والذي يمثل نظراً واقعياً محضاً دون نظر الى وصف **أصل الفعل** ، **ولا الى بواعثه** ، ومعلوم أن معيار التعدي القديم ، يعتمد اصل الفعل من عدم المشروعية لعدم استناده إلى حق ، والمعيار المتطور ، ينظر الى العناصر النفسية ، وبذلك يبدو جلياً قصور معيار التعدي بطريق التسبب عن استيعاب جميع حالات التعسف ، بالرغم عن صرف النظر عن الشرط الاول

---

(١) راجع في نظرية العذر – الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيباني على كتاب الخراج لابي يوسف ص ١٠٢ البدائع ج ٤ ص ٢٢٢ ، الهداية ج ٣ ص ١٨٣ و ١٨٤ ، تبيين الحقائق ج ٥ ص ١٤٦ و ١٤٧ ، الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٤٥٨ .

وهو أن يكون الفعل في الأصل غير مستند الى حق ، واهم تلك الحالات الامثلة التي ضربناها .

القضاء يؤيد عدم ابتناء التعسف على الخطأ أو « التعدي »

على أن القضاء المصري (المختلط) قد تنبه الى أن صور التعسف في العلاقات الجوارية ، لايمكن تبرير المسئولية فيها بالاستناد الى فكرة « الخطأ » في القانون التي تقرب من فكرة « التعدي » عند فقهاء المسلمين ، بالمعيار الذاتي ؛ إذ رأى بعضهم أن تبنى المسئولية على مابين من عدم اتفاق الاستعمال مع مقتضيات المصلحة الاجتماعية[1] L'intérêt Social ، وهذا مانعنيه بتعارض المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة ، وان هذه الاخيرة مقدمة ، بالنظر لما في مراعاتها من دفع ضرر أشد .

ويقول بعض فقهاء القانون في الجمهورية العربية المتحدة : « ان المحاكم قد اجمعت فيما تقضي به من تعويض ، على إغفال البحث عن « الخطأ » وما اليه ، اكتفاءً بما حصل من اضرار عن استعمال الحق»[2]

واغفال البحث عن « الخطأ » دليلٌ بيّن على قصوره ، او ضيق معياره عن استيعاب حالات التعسف جميعاً ، وهذا يدل بالتالي على أن نظرية التعسف تقوم على اصل آخر ؛ اذ لايمكن تجزئة اصول النظرية ، فيقال إن بعضها خاضع لمعيار التعدي بطريق التسبب ، وبعضها خاضع لمقياس آخر ، الامر الذي لم يعهد في الشرع أو في القوانين .

---

(١) التعسف في استعمال الحق ، حسين عامر ص ١١١ .
(٢) المرجع السابق ص ١١٢ .

اطلاق الفقهاء القدامى والمتأخرين لفظ « التعدي » على أحوال التعسف، لايدل على انها متحدان حقيقة ومفهوماً .

قلنا إن الفقهاء لم يرد على لسانهم كلمة « التعسف »[1] بل كانوا يطلقون كلمة« التعدي » ولكن هذا الاطلاق ينبغي الا يضللنا عن حقيقة التعسف ؛ اذ ليست العبرة بظاهر اللفظ ؛ بل العبرة بالحقيقة والطبيعة ، وهي التي تشير اليها تعليلاتهم ؛ فمن ذلك تعليلهم « حكم الضمان » على مالك الحائط الذي مال الى الطريق وسقط على أحد المارة ، بعد الإشهاد ـ بأن حكم القياس انه لايضمن حتى بعد الاشهاد ؛ لأن الحائط كان مستقيما في ملكه ، فلم يشغل هواء الطريق ببنائه حتى يعتبر مجاوزاً حدود ملكه ؛ ولكنه مع ذلك اعتبر بالامتناع عن هدمه بعد الاشهاد متعدياً ، استحسانا[2] ؛ دفعاً للضرر العام ؛ ولأن المصلحة العامة مقدمة .

فالتعليل صريح في أن معيار التعدي بالتسبب لم ينطبق على هذه الحالة ، والا لما استحسنوا ، او بعبارةاخرى ، لما استثنوا هذا الحكم من القاعدة العامة في التعدي تسبباً ، فالاستثناء اذن مبني على أساس ومستند ، فما هوهذاالمستند؟ هو التعسف بعينه ، يظهر ذلك من تعليلهم بان الحامل على ذلك هو تقديم المصلحة العامة .

على أن الزيلعي في كتابه تبيين الحقائق[3] ، لم يصف المالك الذي يلزم عن استعماله لعقاره ضرر فاحش بالجار ، بانه متعد ، بل علل منعه من استعمال ملكه على هذا النحو ، بأنه **للاستحسان ولاجل المصلحة** ، ونحن نقول اليوم

---

(١) قد سبقت الاشارة الى ان الامام الشاطبي يطلق على التعسف كلمة « الاستعمال المذموم » الموافقات جـ ٣ ص ٨٣ .

(٢) الهداية جـ ٤ ص ١٤٤ .

(٣) جـ ٤ ص ١٩٤ – ١٩٦

انما منع ؛ لتعسفه في استعمال حقه ، ولا مشاحة في الاصطلاح ، مادامت الحقيقة واحدة .

وصاحب بداية المجتهد يشير الى هذا في بحثه « الضمان عند الفقهاء » ويقابل بوضوح بين الضمان القائم على « التعدي » ، والضمان الذي اساسه « المصلحة » اذ يقول : « والضمان عند الفقهاء على وجهين : « بالتعدي » او « لمكان المصلحة وحفظ الاموال[1] » .

ولاشك أن حفظ الاموال مقصد ضروري ، فاذا أدى تطبيق معيار التعدي التقليدي ، إلى إهمال هذا المقصد أو الانحراف عنه ، استثنى الحكم من القاعدة ، وحكم بالتضمين منعاً للانحراف ، ولا نعني بالتعسف الا هذا الانحراف ، فتسد الذريعة اليه ، بالاستناد الى نظرية التعسف ، ومبدأ سدّ الذريعة .

وسد الذريعة هذا هو عمل بالمصلحة ، واتجاه اليها ؛ بل وتوثيق لها ، كما قدمنا .

نظرية التعسف مرتبطة اساسا بطبيعة الحق وغايته :

والواقع أن نظرية التعسف مرتبطة أساساً بطبيعة الحق وغايته ، وهي نظرية مستقلة لها معاييرها الخاصة ، ولا تستند الى معيار التعدي بطريق التسبب ، يدلنا على هذا كثرة الاستثناءات التي عمد اليها الفقهاء في تعليل أحكام المنع من التصرف في الحق أو أحكام التضمين ، تارة بالاستحسان[2] ، وطوراً بالمصلحة ، وأخرى دفعاً للضرر العام ، أو تقديماً للمصلحة العامة[3] .

وقد أشرنا الى أن المحاكم قد تنبهت الى استقلال هذه النظرية ؛ فلم تبن

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٩٣ .

(٢) تبين الحقائق جـ ٢ ص ١٩٦ ، الهداية جـ ٤ ص ١٤٤ ، المبسوط للسرخسي جـ ٢٧ ص ٢٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٩٣ .

(٣) الموافقات للشاطبي جـ ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها .

أحكامها – فيما يتعلق بالتزامات الجوار – على معيار « الخطأ » كما تنبه الى ذلك الفقيه الفرنسي «جوسران»[1] حيث أقام الحكم في التزامات الجوار على ضابط الموازنة بين ما يترتب على الاستعمال من مصلحة وما يلزم عن ذلك من أضرار .

على أن الفقه المدني والدولي – كما ذكرنا من قبل – ينادیان **بالمسئولية المطلقة** ، أي غير المشروطة بالخطأ ، وذلك – بالنظر لتيسير حصول المضرور على التعويض عن الاضرار الناجمة عن مخاطر الحرفة في ظل الانتاج الكبير ، بالنظر لما يتسم به هذا النشاط الصناعي من مخاطر ، يعسر إثبات « الخطأ » فيه . هذا بالنسبة للفقه المدني[2] .

أما بالنسبة للفقه الدولي ، فانه نظراً لما يتسم به نشاط السلاح الذري في عصرنا الحاضر من طبيعة خاصة ، وما ينجم عن ممارسته من نتائج خطيرة ، تؤثر في الفضاء الجوي ، والكائنات الحية في الدول المجاورة للدولة ممارسة هذا النشاط ، فقد نادى فقهاء القانون الدولي **بالمسئولية المطلقة** غير المشروطة « بالخطأ » لمنع الدول من التعسف في استعمال هذا الحق ، اي ولو لم يثبت أنها ارتكبت خطأ[3] .

وهذا هو ما نادى بـه الفقه الاسلامي منذ قرون ، على لسان المحققين من فقهائه ، حين بنوا حكمهم – في منع المالك من التصرف بملكه على نحو يضر بجاره ضرراً فاحشاً – على المصلحة[4] ، ولو لم يتعد في هـذا الاستعمال حدود

---

(١) جوسران في كتابه روح الحقوق ونسبيتها ص ١٣ وما بعدها .
« De l'esprit des droits » : Josserand .

(٢) ولذا ابتدعوا نظرية « تحمل التبعة » والتي نادى بها جوسران ايضا ؛ ليحل مشكلة الاستعمال التعسفي في حق الملكية الذي تترتب عليه مضار الجوار غير المألوفة ، وباِمعان النظر في نظرية التعسف في الفقه الاسلامي ، نجد انها تشمل « نظرية تحمل التبعة » كما تشمل « نظرية الظروف الطارئة » المعروفتين في القوانين الوضعية .

(٣) المسئولية الدولية ، للدكتور حافظ غانم ص ١٤١ .

(٤) تبيين الحقائق جـ ٤ ص ١٩٦ .

ملكه ، أو قصد الى هـذا الاضرار ، بل ولو استعمل ملكه استعمالا معتاداً ولغرض صحيح مشروع .

كل هذا يثبت أن نظرية التعسف لا تقوم على معيار « **التعدي بطريق التسبب** » كما قررنا ذلك من قبل ، وإنما هي نظرية مستقلة لهـا مبناها ومعاييرها الخاصة .

المبحث الرابع

التكييف الذي أراه للتّعسف على ضوء من طبيعة الفقه الإسلامي

إرتباط التّعسف بفكرة الحقّ وطبيعته

نقطة البدء التي ننطلق منها في بيان هذا الارتباط ،هو تقرير طبيعة الحق في الفقه الاسلامي ؛ فقد بينا أن الشريعة الاسلامية هي أساس الحق ومنشؤه ، أي أن الحق إنمـا نشأ بحكم الله هبةً ومنحة منه تعالى ، حتى الحقوق التي تقررت لأصحابها بأسباب جعليّة مردُّها الى حكم الله أيضاً، لأن السبب لايؤثر في وجود الحق إلا بجعل الله تعـالى ، لا بذاته ، على ما ذهب اليه جمهور الاصوليين كما قدمنا .

ويترتب على هذا ، أن الحق ليس صفةً طبيعية للانسان حتى يكون مطلقاً وغايةً في ذاته ، يتصرف فيه صاحبه بمطلق رغبته ومشيئته ،ولو أضر بغيره .

فمصدر الحق في الفقه الاسلامي اذن ، ليس ذات الانسان ؛ بل الشريعةهي

التي أنشأت الحق انشاءً ، وهو مقيد بما قيدته به الشريعة ، وعلى هذا،ليس للفرد من سلطة في التصرف الا ما منحه اياه الشرع ، وفي الحدود المرسومة .

الشريعة اساسها المصالح :

وانما انتفى ان يكون الحق – بهذا النظر الشرعي – مطلقاً ، أو مصدراً لسلطان مطلقة ؛ لأن الشريعة مبنية على مصالح العباد ، رسمها الشارع الحكيم ، ثم شرع من الوسائل – وهي الحقوق ومنحها العباد لتحقيق هذه المقاصد [٢] كما بينا من قبل ، فوجب إذن – كنتيجة حتمية لذلك كله – أن يكون قصدُ الشارع من المكلف أن يكون قصدُه في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع .

ومن هذا يتضح أن الحقوق ليست في الشرع غايةً في ذاتها ؛ بل هي وسائل شرعت لتحقيق المقاصد الضرورية في الخلق وما يتبعها من الحاجية والتحسينية ، وبذلك يتقيد الحق بهذه المصالح .

ويترتب على هذا ، أنّ كل استعمال للحق يناقض هذه المقاصد ، يعتبر باطلًا ؛ لانه يهدم الاصل الذي قامت عليه الشريعة ، ويضاد مقصد الشرع من منح الحقوق .

وشيء آخر ، هو أن الحق اذا كان لغاية أو مصلحة شرع من أجلها ، فمن المنطق التشريعي أن تكون تلك الغاية الجزئية منسجمة في تحقيقها مع ذلك الاصل الكلي في الشرع ؛ **لأن الشريعة كلٌّ متسق لا تتناقض أجزاؤه** ، وعلى هذا ، فالمصلحة الخاصة التي هي غاية الحق الفردي لا تبقى على أصلها من المشروعية الا اذا اتسقت مع التنظيم التشريعي العام ؛ أي لم تتناقض مع قواعد الشريعة العامة ، أو مقاصدها في الخلق ، **وهذا هو جوهر فكرة التعسف الذي نلخصه فيما يلي:**

« ان الفعل يكون مشروعاً بحسب الأصل والظاهر ؛ لانه يستند الى حق ؛

---

(١) راجع الاساس الاول الذي يقوم عليه تقييد الحق .

ولكنه يتناقض إنْ في بواعثه أو نتائجه –مع ماتقضي به قواعد الشريعةالعامة، ومقاصدها ، اي مع روح الشريعة .

وهذا الاصل يقتضينا النظر في طبيعة الفقه الاسلامي ، وهل هو فقه فردي أو جماعي؟ لما لذلك من أثر في تكوين طبيعة الحق نفسه ، وتحديدمدىاستعماله.

قدمنا أن طبيعة الفقه الاسلامي ليست قائمة على الفردية المطلقة ، التي تقدس الحق الفردي ، وتهدر صالح الجماعة ؛ كما أنها ليست ذات طابع جماعي محض ، تجعل صالح الجماعة هو محور التشريع فحسب ؛ بل هو فقه اقرَّ الحق الفردي وحماه ، ونسق بينه وبين مصلحة الجماعة، ووفق بينهما ما أمكن التوفيق، وقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند استحالة التوفيق بين المصلحتين ، وأصبحت هذه القضية من المقررات الشرعية المحكمة .

طبيعة الفقه الاسلامي تنعكس على الحق ، وتحدد طبيعته :

هذه الطبيعة **المزدوجة** للفقه الاسلامي تنعكسُ بالصرورة على**الحق الفردي** فيه ، وتحدد طبيعته ، وبيان ذلك :

• أنه اذا كان التشريع الاسلامي يهدف الى **غايتين أساسيتين في** تنظيم شؤون الحياة في المجتمع ، وهما : **مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة** معاً ، وتقديم هذه الاخيرة عند التعارض لأهميتها ، فمقتضى ذلك « أن الحقوق » – وهي وسائل لتحقيق غايات الشرع – يجب أن تُفضي الى تلك الغاية المزدوجة ، وإلا وقع **التناقض** بين الوسيلة والغاية ، وبذلك يكون للحق وظيفة مزدوجة أيضاً، فردية وجماعية معاً ، وعلى هذا الأساس يُنقض القول بأن الحق هو بذاته **وظيفة اجتماعية** ، على معنى ، أنه يرعى الصالح الجماعي فحسب ، كما يذهب الى ذلك مذهب التضامن الاجتماعي [1] ؛ بل الذي يتفق وطبيعة التشريع

---

(١) انظر مذهب التضامن الاجتماعي في هذا الكتاب .

الاسلامي وغايته ، القول بأن الحق الفردي طبيعة مزدوجة ، فردية وجماعية ، وأن الاولى مصونة ومحمية ما دامت لا تتعارض مع المصلحة العامة ، وأنه يجب أن يسلك مسلك التوفيق بينهما ما أمكن، وتقديم المصلحة العامة حسب ما تقضي به مقررات الشرع[1] .

وبذلك يكون الحق الفردي في الشريعة الاسلامية وظيفة اجتماعية ، وليس هو بذاته وظيفة اجتماعية ؛ إذ يترتب على هـذا النظر الاخير ، اهدار الصالح الفرديّ الخاص الذي أصبح تقرره معلوماً من الدين بالضرورة ، ولا سيما « حق الملكية » الذي هو في طليعة الحقوق الخاصة جميعاً .

هذا ، ولإقامة التوازن بين الحقوق الفردية المتعارضة، أو بين الحق الفردي وحق الجماعة ، نشأت نظرية التعسف في استعمال الحق .

ويترتب على هذا النظر المستمد من طبيعة الحق ، أن الاخلال بهذا التوازن بين المصالح الخاصة المتعارضة غير مشروع ، ولا يشرع بالتالي ما يؤدي اليه ، وهو الفعل ، فاذا افضى استعمال حق فردي الى إلحاق مضرة راجحة ، كان في هذا مناقضة لمقصد الشارع ؛ لأنه لم يشرع الحق ليكون مصدراً لمفاسد راجحة ؛ بل شُرِعَ للمصالح الراجحة، ويتناقض بالتالي مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح ودرء المفاسد، ولو كان الفعل في الأصل مستنداً الى حق، وهذا الحكم ينطبق على تعارض حق الفرد مع حق الجماعة من باب أولى ؛ إذ من البدهي أن استعمال الحق الفردي إذا أفضى الى الاضرار بمصلحة الجماعة كان ممنوعاً، لأن اختلال التوازن هنا يكون أظهر ، ولأن المفسدة اللاحقة بالجماعة فاحشة لا تتناسب مع المنفعة التي يجنيها صاحبُ الحق الشخصي . .

---

(٢) راجع من أسس تقييد الحق ، التضامن المادي وأثره في تقييد الحق الفردي .

وعلى هذا،فالحق الشخصي في الشريعة –بما هو ذو طبيعة مزدوجة –لا يكفي في مشروعية استعماله ان تتحقق المصلحة الشخصية التي شرع من أجلها ؛ بل يجب – مع هـذا – الا يختل التوازن بينه وبين مصلحة خاصة أخرى هي في الشرع اشد رعاية ، أو بين مصلحة الجماعة ، بحيث لا يُفضي استعماله الى مفاسد راجحة في الحالتين ، وهـذا مفهوم اجتماعي للحق في الشريعة ، وهو معنى قولنا ، أن الحق الفردي كجزء من التشريـع الاسلامي يجب أن يتسق مع التنظيم التشريعي العام وطبيعته ، واليه يشير قول الإمام الشاطبي :

« وحق الله في العادات من جهة وجه الكسب ووجه الانتفـاع ، لان حق الغير محافظ عليه شرعـاً أيضاً »[1] و « حق الغير » أعم من أن يكون للفرد او للجماعة . والذي يقيم التوازن ويحفظه هو نظرية التعسف كما قلنا .

اتضح إذن – وعلى هـــذا النظر – ارتباط نظرية التعسف بنظرية الحق وطبيعته المستمدة من طبيعة الفقه الاسلامي نفسه ، ومما يؤكد ارتباط نظرية التعسف بطبيعة الحق،أن طبيعة الحق لو كانت فردية خالصة ، أو جماعية خالصة، لما كان لها دورٌ ، ولما ظهرت إلى الوجود ؛ إذ لا يتصور التعارض حينئذ معهذا الاطلاق نحو اليمين أو اليسار ، وبالتـــالي لا يتصور الاختلال في التوازن ، وبيان ذلك :

أن الشريعة لو كان محور تشريعهـا الحق الفردي الخالص ، دون نظر الى المعنى الاجتماعي للحق، لكان الحق الفردي غاية في ذاته ،واذا كانغايةفالتصرف فيه مطلق ، لا يحده الا مايخل بالآداب العـامة ، والغاية ليس لها غاية حتى يقيد التصرف بأن يكون متجهاً اليها ، وبالتـالي لا يتصور الاخلال بها او الانحراف عنها ؛ فلا مبرر إذن لنظرية التعسف .

وكذلك اذا كان محور التشريع مصلحة الجماعة فحسب ؛ اذ الفرد يصبح في

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٢٢ .

نظر هذا التشريع آلة اجتماعية ، لاتعمل لمصالحها بل لغيرها ، أو بعبارة اخرى هو مجرد موظف يعمل لتحقيق المصلحة العامة ، فاذا انحرف عنها اعتبر متعديا[1] وخارجاً عن حدود اختصاصه لا متعسفاً .

أما نظرية التعسف ، فانما يبدأ دورها في ميدان الحقوق الفردية الذاتية بما تمنحه هذه الحقوق من سلطات ، ليحقق الفرد بها مصلحة مرسومة أولاً وعائدة اليه ، فيسيء استعمال هذه السلطة ، ويتخذها ذريعة الى الاضرار بغيره من الافراد ، أو بالمصلحة العامة ، ويتصور ذلك في الحقوق المزدوجة الصفة ، كما هو الشأن في الفقه الاسلامي .

ولو امكن تصور التعسف في السلطة العامة ، بالنظر الى الباعث ، فان نطاقه يكون ضيقاً ؛ لان الفرض ان ليس فيه مصلحة ذاتية فردية تكون مظنة التعسف وسوء الاستعمال .

وهذا ماوقع بالفعل في ظل التقنينات ذات الروح الفردية الخالصة ، كالقانون المدني الفرنسي القديم ، والقانون الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ ، حيث لم يكن لنظرية التعسف فيها وجود .

وكذلك الأمر فيما لو كانت الشريعة ذات طابع جماعي خالص ، دون اعتبار للصالح الفردي ؛ إذ لا يتصور هناك اختلال للتوازن ؛ لان الحق الفردي مهدر ، وبالتالي لاتجد نظرية التعسف وظيفة لها .

وعلى ضوء ماقدمنا ، يمكن استعراض بعض التعاريف للتعسف ؛ لنرى

---

(١) قد ذكرنا الخلاف في الحقوق الغيرية من حيث امكان تصور التعسف في استعمالها ، أو إمكان التمييز بين التعسف والتعدي في هذا الاستعمال ؛ فذهب « ديجي » الى أن التعسف غير متصور ، لان الانحراف عن المصلحة العامة يعتبر تجاوزاً – راجع بحث الحقوق الغيرية .

وخالفه آخرون ، وقالوا بامكان تصور التعسف في استعمال السلطة ؛ بالنظر إلى الباعث من شهوة انتقام أو بدافع حزبي ، وأياً ماكان ، فالتعسف في الحقوق الفردية يبدو أوضح وأظهر لان المصلحة فيها ذاتية ، وهي مظنة التعسف .

مبلغ صحتها وانطباقها على حقيقة التعسف ، ثم نأتي بتعريف للتعسف يبين حقيقته وعناصره .

يقول بعض الكاتبين المعاصرين : « التعسف هو تصرف الانسان في حقه تصرفا غير معتاد شرعا »[1] ويقول : « قرر الفقهاء - كما في الفقه الحنفي وغيره - أن للانسان أن يتصرف في ملكه تصرفاً معتاداً ، ولا يُسأل عما يترتب عليه من ضرر حينئذ ، وانما يسأل عن الضرر اذا كان التصرف في ملكه غير معتاد » .

ويبدو واضحاً انه جعل مناط التعسف هو « التصرف غير المعتاد » ويعزو هذا التقرير الى فقهاء المذهب الحنفي وغيرهم .

ويتجه على هذا التقرير أمران :

الأول : أن التعسف ليس مرتبطاً بغير المعتاد من التصرف ، وانما يرتبط اساساً بغاية الحق ونتيجته ، يدلنا على هذا ، أن التصرف قد يكون معتاداً ، ومع ذلك تكون نتيجته غير مشروعة ، فيكون حينئذ تعسفياً بالنظر الى هذه النتيجة ، وهذا مايقرره ابن رجب الحنبلي في عرضه لمذاهب الأئمة في حكم تصرفات صاحب الحق تطبيقاً لحديث « لاضرر ولا ضرار » .

فبعد أن بين القسم الاول من التصرفات التي يقصد بها محض المضارة ، عرض للقسم الثاني من التصرفات التي يكون له فيها غرض صحيح ، ولا يقصد فيهما الاضرار ، ومع ذلك يمنع ، يقول :

والفرع الثاني : أن يكون له غرض آخر صحيح ، مثل ان يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له ، فيتعدى ذلك الى ضرر غيره ، او يمنع غيره من الانتفاع بملكه

فأما **الاول** : وهو التصرف في ملكه بما يتعدى ضرره إلى غيره ، فإن كان على غير الوجه المعتاد ، مثل أن يؤجج في أرضه ناراً في يوم عاصف ، فيحترق مايليه ، فانه (متعد) بذلك ، وعليه الضمان .

---

(١) اسبوع الفقه الاسلامي ص ١١٠ الشيخ أحمد ابو سنه .

وان كان على الوجه المعتاد ، ففيه للعلماء قولان مشهوران :

احدهما : لايمنع من ذلك ، وهو قول الشافعي وابي حنيفة وغيرهما .

والثاني : المنع ،وهو قول احمد ووافقه مالك في بعض الصور ،وضرب أمثلة لذلك منها :

« ان يحفر بئرا بالقرب من بئر جاره ، فيذهب ماؤها ، فانها تطم في ظاهر مذهب مالك واحمد » .

أي أن حفر البئر في الملك استعمال معتاد شرعا لحق الملكية ، ومع ذلك يمنع بالنظر الى لوازمه الخارجية .

ومنها أن يحدث في ملكه مايضر بملك جاره من هزّ أو دقٍ ونحوه ،فيمنع في ظاهر مذهب مالك وأحمد ، وهو أحد الوجوه للشافعية ، وهذا استعمال معتاد شرعاً .

ومنها : أن يكون له ملك في أرض غيره ، ويتضرر صاحب الأرض بدخوله الى أرضه ؛ فانه يجبَر على إزالته ؛ ليندفع به ضرر الدخول[1] ، كما في حديث سَمُرة بن جندب[2] .

فهذا استعمال معتاد شرعاً للحق ؛ ولكن بالنظر لما ترتب عليه من ضرر منع .

فالتعسف إذن لا يقتصر على التصرف غير المعتاد ؛ بل يشمل المعتاد كذلك بالنظر لمآله ونتائجه ، وقد حكى ابن رجب فيه الخلاف كما رأينا .

ويتجه هذا النقد على النص الجديد للمادة الخامسة في مشروع القانون المدني السوري[3] . « لا يجوز استعمال الحق إلا فيما شرع له ، وفي الحد المعتاد » .

---

(١) خرجه أبو داود في سننه من حديث أبي جعفر محمد بن علي .

(٢) راجع الحادثة في جامع العلوم والحكم ص ٢٦٩ لابن رجب الحنبلي .

(٣) هو المشروع الذي نهض به الاستاذ مصطفى الزرقاء ليحل محل مجلة الاحكام العدلية ؛ ولكن لم يكتب له الظهور .

فالقيد الاول يبين ارتباط فكرة التعسف بغاية الحق ، أما القيد الثاني فهو ما لا نقره ؛ لأنه يضيق من نطاق نظرية التعسف ، بدليل أن التصرف المعتاد قد يكون ممنوعاً بالنظر لمآله في بعض الحالات .

تعريف التعسف :

قررنا أن نظرية التعسف مرتبطة أساساً بنظرية الحق ، وطبيعته ، ومدى استعماله ، وعلى ضوء ما قدمنا من أسس تقييد الحق التي تكشف لنا عن طبيعته ومداه ، وعلى ضوء من طبيعة الفقه الاسلامي وغايته المزدوجة ، يمكن تعريف التعسف بأنه : « **مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل** » .

تحليل التعريف :

مناقضة قصد الشارع : أي مضادة قصد الشارع ، وهذه المضادة لا تخلو : إما أن تكون مقصودة ، بأن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عيناً ، بأن يستعمل الحق لمجرد قصد الاضرار . وقصد الشارع من شرعية الحق تحقيق المصالح لا المضار ، أو أن يتذرع بما ظاهره الجواز ، الى تحليل ما حرم الله ، أو اسقاط ما أوجبه عليه .

ومن **الاول** : بيع العينة للتوصل الى الربا المحرم .

ومن **الثاني** : هبة المال – صورياً – قرب نهاية الحول ؛ احتيالاً على إسقاط الزكاة .

وواضح ، أن هذا التذرع يفضي الى خرم قواعد الشريعة ، وهدم مقصد الشارع ، وتلك مناقضة لقصد الشارع ظاهرة ، وكذلك سائر « الحيل » التي

يتذرع بها قصداً الى إبطال حكم شرعي ، او الى تحقيق مصلحة غير مشروعة.

ويبين الامام الشاطبي حقيقة هذه الحيل إذ يقول : «فان حقيقتها المشهورة تقديم عمل ظاهر الجواز لابطال حكم شرعي » وتحويله في الظاهر الى حكم آخر ، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة[1] في الواقع ، كالواهب ماله عند رأس[2] الحول فراراً من الزكاة، فان أصل الهبة على الجواز ، ولو منع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعاً ، فان كل واحد منها ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة ، فاذا جمع بينهما على هذا القصد ، صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة ، وهو مفسدة ؛ ولكن هذا بشرط القصد الى ابطال الاحكام الشرعية »[1] .

فوضح اذن أن ليست العبرة بصورة الفعل وهيئته الشرعية الظاهرة ؛ بل العبرة بقصد المكلف في العمل والباعث عليه ؛ فان قصد الشارع من المكلف ان يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع . يقول الإمام الشاطبي : « قصد الشارع من المكلف ان يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع» فاذا لم يكن موافقاً ، بأن قصد باستعمال الحق غير ماشرع له ، كان مناقضاً لقصد الشرع ، والمناقضة مبطلة للعمل ، وهذا المعنى يجليه الإمام الشاطبي في غير لبس ولا ابهام ، حيث يقول : « كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ماشرعت له، فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل » .

ويقول : « أما ان العمل المناقض باطل ، فظاهر ، فإن المشروعات انما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد[2] ، فاذا خولفت لم يكن في تلك الافعال

---

(١) كابطال الزكاة وهدمها بالكلية ، ولا يخفى أنه ممنوع ، الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ٢٠١ وهامشها ، ج ٢ ص ٣٨٨ المرجع السابق .

(٢) المراد قرب نهاية الحول ، أما بعد تمام الحول فقد وجبت الزكاة ج ٤. ص ٢٠١ .

(٣) الموافقات ج ٤ ص ٢٠١ ، المرجع السابق ج ٢ ص ٣٣١ .

(٤) وهذا هو الاصل العام الذي قامت عليه الشريعة .

التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة »[١] .

ويتبين من هذا القول، أن المناقضة كما تكون في القصد المضاد لقصد الشارع، تكون في الفعل الذي يفضي مآلاً الى نقض هذا الاصل ، بأن تكون نتيجته مفسدة مساوية للمصلحة او راجحة ، ولو لم يكن ثمة قصد الى هذه النتيجة .

وعلى هذا ؛ فالمناقضة لا تخلو : اما ان **تكون مقصودة** ، وهذه تشمل استعمال الحق لمجرد قصد الاضرار ، أو تحقيق مصلحة غير مشروعة ، أو استعماله دون نفع أي لمجرد العبث ؛[٢] أو لنفع تافه، في حين انه يلحق بغيره ضرراً بيناً. وإما أن تكون المناقضة **غير مقصودة** ، وهذه تشمل الافعال التي تكون مآلاتها مضادة للاصل العام[٣] في الشرع ؛ لأن الحقوق إنما شرعت لجلب مصلحة أو درء مفسدة ، فاذا آل استعمالها إلى ما يناقض هذا الاصل ، لم تشرع ، وهذا هو التعسف في معياره الموضوعي المادي، لأن الحق الجزئي يجب الا يتناقض استعماله من حيث المآل مع الاصل الكلي كما بينا .

ولا يلزم أن يكون استعمال الفعل على غير الوجه المعتاد حتى يتحقق التعسف؛ بل قد يتحقق التعسف ،وبالتالي يكون الفعل باطلاً ، قطعاً لذريعة الفساد المتمثل في مآل أو نتيجة هذا **الاستعمال المعتاد** .

فاستعمال حق الملكية على الوجه المعتاد[٤] بباعث مشروع، ولتحقيق مصلحة مشروعة ، وباتخاذ كافة الاحتياطات لدرء الاضرار عن الجوار ، قد يترتب عليه

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٣٣ .

(٢) العبث لايشرع .

(٣) جلب المصالح ودرء المفاسد ، وان درء المفاسد مقدم على جلب المصالح .

(٤) هذه القضية قد اختلفت فيها آراء العلماء ؛ فذهب احمد ، ووافقه مالك في بعض الصور ، الى ان المالك يمنع ، ولو استعمل حقه استعمالا معتادا ، اذا افضى الى نتيجة من الضرر غير مألوفة – أي فاحشة أو راجحة – جامع العلوم والحكم ص ٢٦٩ .

- بالرغم عن ذلك كله - اضرارٌ فاحشة ، كوجود مصنع في حي عامر بالسكان ، وهذا يوضح أن التعسف في بعض صوره لا يتعلق بالاستعمال المعتـــاد أو غير المعتاد ؛ **بل بالمآل المعتاد او غير المعتاد** .

وبهذا يكون للتعسف معياران اساسيان :

المعيار الاول : الشخصي أو الذاتي ، وهو النية أو الباعث كما سيأتي .

المعيار الثاني : معيار موضوعي ، يعتمد الموازنة بين مايعود على صاحب الحق من مصلحة ، وما يلزم عن عمله من مفسدة ، وقد يكون ثمة **معيار مختلط**، في صورة تحقيق مصلحة تافهة أو ضئيلة ، لاتتناسب مطلقاً مع مايلزم عن الاستعمال من ضرر ، فهذا معياره موضوعي ، يستعان به على كشف الباعث او نية قصد الاضرار ، ولا خلاف انه إذا ظهرت المناقضة فالفعل باطل .

في تصرف « مأذون فيه شرعا »

التصرف يشمل التصرف **القولي** ، كالعقود ، وما ينشأ عنهـا من حقوق والتزامات ، سواء منها ما كان نتيجة لاتفاق إرادتين ، كالبيـع والاجارة ، أو ماينشأ بارادة منفردة كالوصية .

ويشمل كذلك التصرف **الفعلي** ، كاستعمال حق الملكية في العقارات ، كالاراضـي والمبـاني . وكاستعمال الرخص والإباحات ، كتلقي السلع ، واحياء الموات .

على أن التصرف الشرعي ، القولي منه والفعلي ، قد يكون **ايجابياً** ، وقد يكون **سلبياً** .

ففي التصرف الشرعي القولي الايجـابي ، كبيـع السلاح ايام الفتنة مثلا ، وبيع الحاضر للبادي ، إذا ترتب عليه ضرر بالعامة ، اعتبر تصرفا تعسفيا

والتصرف الشرعي القولي السلبي ، كامتناع الشخص عن قبول الايجاب ، اذا كان هو بموقفه قد استدرج ذلك الايجـاب ، فحقه في الامتناع عن التعاقد

مقيد بوجود اسباب تبرره[1] ، والا كان استعماله تعسفياً ، وكامتناع التاجر عن البيع احتكاراً لسلعه .

هذا ، ولا يقال ، كيف تصف التصرف - وهو فعل - بأنه كفٌ ، والفعل لايكون كفاً ، قلنا الكف عن الفعل فعلٌ عند بعض الاصوليين[2] .

هذا ، والتصرفات الشرعية القولية هي التي يمكن ان يرتب عليها آثارها الشرعية بالارادة ، ويمكن ان يمنع ترتيب الآثار عليها ، وذلك ؛ لانها علل جعلية ، وليست بعلل عقلية ، ولا طبيعية ، فهذا النوع هو الذي يمكن الحيلولة فيه بين المعلول وعلته .

اما التصرف الفعلي الايجابي ، كما في حالة استعمال المالك عقاره لمجرد قصد الاضرار بغيره ، او استعماله لعقاره دون قصد منه الى الاضرار باحد ، ولكن لزم عن ذلك ضررٌ فاحش بجاره ، فالواقع من الضرر لا يرتفع ، ويمكن قطع التسبب فيه حتى لايستمر حدوثه مستقبلاً .

وأما التصرف الفعلي السلبي ، كما في حالة امتناع مالك الحائط المائل الى الطريق العامة عن هدمه ، بعد الإشهاد ، فيمكن اجبار المالك على هدمه ، واذا وقع نتيجة لامتناعه ، واضرّ بغيره ، ضمن ؛ وعلى هذا فالتعسف قد يكون في الامتناع القولي والفعلي .

غير ان التصرف الفعلي - اذا ترتب عليه وقوع الضرر فعلاً - لايمكن رفعه ، لان الواقع لا يرتفع ، وانما يمكن منع استمراره في المستقبل كما قدمنا[3] .

مأذون فيه شرعا بحسب الاصل :

يخرج الافعال غير المشروعة لذاتها ، لأن إتيانها يعتبر اعتداءً لاتعسفاً ، وهذا القيد هو الذي يحدد مجال تطبيق نظرية التعسف .

---

(١) انظر في هذا المعنى المادة ١٨١ قانون مدني لبناني .

(٢) الموافقات ج ٤ ص ٥٨ .

(٣) انظر فتح القدير ، باب القضاء .

الفصل الثاني

أدلة النظرية من الكتاب والسنة وفقه الصحابة

المبحث الاول

أدلة النظرية من الكتاب

الدليل الاول :

قال تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ، لمن أراد أن يتم الرضاعة ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، لا تكلف نفس إلا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده [1] » .

تدل الآية الكريمة ، على أن الرضاع حق للأم ، وهي أحق من غيرها وأولى في رضاع ولدها ؛ لرفقها وحنوها عليه ، إذا رضيت بما ترضى به الأجنبية .

يقول الجصاص [1] في تفسير قوله تعالى : «والوالدات يرضعن أولادهن ...

---

(١) البقرة/ آية ٢٣٣ .

(١) احكام القرآن جـ ١ ص ٤٧٩ .

الآية » : « فجعل الأم أحق برضاع الولد هـذه المدة ، ثم أكد ذلك بقوله : « لا تضار والدة بولدها،ولا مولود له بولده » يعني ـ والله أعلم ـ اذا رضيت بأن ترضع بمثل ما ترضع به غيرها ، لم يكن للأب أن يضارّها فيدفعه الى غيرها» .

وتعليل ذلك ظاهر ، إذ الام أرق وأحنُّ على ولدها من غيرها ، وربما كان لبنها أصحّ لتغذيته أيضاً ، والطفل ما ثبت له حق الرضاع منذ ولادته الا لهذه التغذية والتنمية الطبيعية .

نهي الاب عن التعسف في استعمال حق ولايته على ابنه :

والآية صريحة في نهي الاب عن مضارة الأم ايضاً ، باساءة استعمال حقه في ولايته على ابنه ؛ فلا يجوز للاب انتزاع ولدها منها إذا رضيت بإرضاعه مجاناً، أو بما رضي به غيرها ، وألفها الصبي[1] ، كما لا يجوز له انتزاعه منها إذا لم ترضعه ؛ بل يأتي بالظئر فترضعه[2] عندها .

يقول الامام القرطبي : « ولا يحل أن يمنع الأم ذلك ، مع رغبتهـا في الإرضاع ، هذا قول جمهور المفسرين »[3] .

ويقول أيضاً : «لا ينزع الولد منها إذا رضيت بالإرضاع وألِفَها الصبيّ»[2] .

ويقول الجصاص في حالة ما اذا لم ترضعه : « ولكنه يؤمر الزوج بأن يحضر الظئر الى عندها حتى ترضعه في بيتها »[4] .

---

(١) احكام القرآن للقرطبي جـ ٣ ص ١٦٧ ، القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٢٠٦ و ص ٢١٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٧ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٤٦٢ .

(٢) احكام القرآن جـ ١ ص ٤٠٨ للجصاص .

(٣) احكام القرآن جـ ٣ ص ١٦٧ للقرطبي .

(٤) المرجع السابق ، وجاء في الحديث عن ابن عمر رضي الله عنهما : ان امرأة جاءت بابن لها الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله : ان ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له حواء ، وأراد أبوه أن ينزعه مني ، فقال صلى الله عليه وسلم : « انت أحق به مالم تتزوجي » احكام القرآن جـ ١ للجصاص .

فالآية - كما ترى - محتملة للمضارة في نزع الولد منها ، واسترضاع غيرهـا ، فيجب حملها على المعنيين ، فيمنع الزوج من الامرين . ويؤكد الجصاص هـذا المعنى بقوله : « ولما كانت الآية محتملة للمضارة في نزع الولد منها ، واسترضاع غيرها ، وجب حملها على المعنيين ، فيكون الزوج ممنوعاً »[1] .

قال مجاهد في قوله تعالى : « لا تضارّ والدةٌ بولدها » : « لا يمنع أمه أن ترضعه ليحزنها بذلك »[2] .

وقال عطـاء وقتادة والزهري وسفيان الثوري ، والسري : « إذا رضيت ما يرضى به غيرها فهي أحق به ، وهـذا هو المنصوص عن أحمد رحمه الله ، ولو كانت في حبال الزوج » .

« وقيل إن كانت في حبال الزوج فله منعها من إرضاعه ، إلا أن لا يمكن إرضاعه من غيرهـا ، وهو قول الشافعي ... لكن إنما يجوز ذلك اذا كان قصد الزوج به توفير الزوجة للاستمتاع ، لا مجرد إدخال الضرر عليها»[3] .

أما قول بعض الكاتبين بأنه لا يجوز للأب هضم أجرة حقهـا في الرضاع ، فهذا اعتداء على حق الغير ، وتجاوز لا تعسف ؛ إذ ليس للزوج حق أصلاً في أكل مال زوجته بدون اذنها ، فضلاً عن أن يوصف بالتعسف[4] .

الرضاع حق للأم وواجب عليها :

على أن الرضاع إذا كان حقاً للأم ، فهو واجبٌ عليهـا ديانةً في المذهب

---

(١) المرجع السابق .

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٨ لابن رجب الحنبلي .

(٣) المرجع السابق - راجع احكام القرآن ج ٣ ص ١٦٧ للقرطبي - تفسير الامام الطبري ج ٥ ص ٤٦ .

(٤) مجلة العلوم القانونية والاقتصادية عدد/١ سنة خامسة ص ٦٥ يناير سنة ١٩٦٣ بحث في التعسف للاستاذ الشيخ عيسوي أحمد عيسوي ، وهناك خلاف فيما يتعلق بمال الزوجة ، هل تثبت لها حرية التصرف ، وسنعرض له في موضعه إن شاء الله .

الحنفي [1]. أما إذا تعينت لذلك ؛ بأن ألِفَها الصبيّ ، ولم يرض ثدي غيرها ، أو لم توجد امرأة غيرها، أو لم يكن للأب أو الولد مال تستأجر به ظئر ترضعه ، ولم يوجد من يتبرع بإرضاعه ، فيصبح واجباً عليها قضاءً .

والواقع ، أن المذهب الحنفي إذ لم يوجب عليها الرضاع قضاءً – وإن كانت تأثم بتركه بدون عذر مشروع – فإنه – درءاً للتعسف في هذا الحق – قيده بعدم الاضرار بالولد ، وفصّل الحالات التي يعتبر ترك الام إرضاع ولدها فيها تعسفاً في استعمال حقها ، فدرءاً لهذا التعسف أوجبه عليها ، وربما تتضرر بالارضاع في هذه الحالات ، إلا أن ضررها أيسر من ضرر الولد الذي يتوقف تغذيته ونموه الطبيعي عليه .

واذا كان الرضاع واجباً عليها في هذه الحالات ـ وقد سبق أن ذكرنا ان الآية الكريمة تدل على أنه حق للأم ـ فقد اجتمع في الرضاع صفة **مزدوجة** : هي كونه **حقاً وواجباً** في آنٍ واحد ، واذا لاحظنا أن المصلحة في الرضاع راجعة الى الولد لا إلى صاحب الحق وهو الأم ، أدركنا أن حق الرضاع من الحقوق **الغيرية او الوظيفية** التي يرى بعض فقهاء القانون أنه لا يجري فيها التعسف .

ونحن نرى أن القرآن الكريم قد نص على النهي عن التعسف في هذا الحق صراحة ، فنظرية التعسف في الفقه الاسلامي شاملة لهذه الحقوق المزدوجة الصفة [2].

نهي الام عن التعسف في استعمال حق الرضاع :

وكذلك تنهى الآية الكريمة ، الام عن التعسف في استعمال حق رضاع

---

(١) أحكام القرآن للجاص ج ١ ص ٤٧٩ – ص ٤٨٠ . وتفسير ذلك :
ان الام بما فطرت عليه من عاطفة الامومة والحنان ، لاتأبى ارضاع وليدها إلاّ من شذوذ او عجز ، فلا تجبر على الرضاع دفعا للاضرار بها ، والضرر ممنوع بنص الآية . انظر تفسير البيضاوي ص ٥١ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٧ ، الخلاف في الفقه الجعفري ج ٢ ص ٢١٠ .

(٢) راجع بحث الحقوق الغيرية او الوظيفة .

ابنها اضراراً بأبيه ، فليس للام – اذا كانت مطلقة وانتهت عدتها – أن تطلب أجراً على الرضاع اذا كان غيرها يرضعه مجانا ، أو بأقل[1] مما تطلب ، منعاً للضرر عن الاب ؛ لانها في هذه الحال تقصد المضارة[2] ؛ فدفعاً لذلك ، يعطى الولد لغيرها في هذه الحالات لارضاعه ؛ ولكنه لا ينزع من حضانتها اذا لم تتزوج ، وفي هذا الحكم توفيق بين مصلحة الطفل في تغذيته ، ومصلحة الأب في عدم إلزامه بأجر معين مع وجود متبرعة ، أو من ترضى بالاقل ، وليس في ذلك اضرار بالأم ؛ لأنه في حضانتها ، وفي امكانها ارضاعه – اذا رغبت – بدون أجر ، او بالاجر الذي رضي به غيرها حسب الاحوال .

هذا ، ويحرم عليها أن تأبى ارضاع ولدها اضراراً بأبيه .

يقول الامام القرطبي في معنى قوله تعالى : « ولا مولود له بولده » لا تأبى الأم أن ترضعه اضراراً بأبيه ، أو تطلب أكثر من أجر مثلها»[3] .

ويقول ابن رجب : « فان طلبت زيادة على أجر مثلها زيادة كثيرة ، ووجد الاب من يرضعه باجرة المثل ، لم يلزم الأب اجابتها الى ما طلبت ؛ لأنها تقصد المضارة ، وقد نص عليه الامام أحمد أيضاً [4] » .

والخلاصة: أن الآية الكريمة تفيد وجوب حماية كلٍ من الأب والام من أن يضر كلٌ منهما بالآخر بسبب الولد ، باستعمال ما منح من حق وسيلةً الى هذا الاضرار ، كما توجب حماية الولد أيضاً من الاضرار به ، وبذلك تعتبر هذه الآية أصلاً من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي .

---

(١) تفسير القرطبي ج ٣ ص ١٦٧

(٢) جامع العلوم والحكم ، لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٨ .

(٣) احكام القرآن ج ٣ ص ١٦٧ للقرطبي .

(٤) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٨ و ٢٦٩ ، الكشاف ج ١ ص ١٤١ و ١٤٢ .

الدليل الثاني :

قال تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، وأن تَصَدَّقوا خيرٌ لكم إن كنتم تعلمون»[1] .

يقول البيضاوي في تفسير هذه الآية : « أي وإن وقع غريم ذو عسرة ، فالحكم نظرةٌ ، أو فعليكم نظرةٌ ، أو فليكن نظرةٌ، وهي الإنظار .. **وان تصدقوا** ـ أي بالإبراء ـ خيرٌ لكم ، أي أكثرُ ثواباً من الإنظار[2] » .

يستفاد من هذه الآية أمران :

الاول – وجوب انظار المدين اذا ظهر اعساره .

الثاني – الندب إلى التنازل عن الحق ، وابراء المدين ، أو التصدق عليه بالدين .

هذا ، وذهب بعض المفسرين ـ ومنهم ابن عباس ـ الى أن آية **التأجيل هذه،** خاصة بدين الربا ؛ لانها نزلت بعد آيات الربا ، والصحيح أن هذا الحكم في **دين الربا وغيره** ، أي أن الدائن مدعوٌ إلى الرفق بالمدين مطلقاً، بتأجيل مطالبته بالوفاء حتى الميسرة ، والى هذا ذهب الامام الجصاص[3] ، والا لزم تخصيص « ذو عسرة » من غير دليل .

على أنه ورد في الحديث « ليُّ الواجد ظُلم ، يُحِلّ عرضَه وعقوبته »[4] وهذا

---

(١) البقرة ٢/٢٨٠ .

(٢) تفسير البيضاوي ص ٦٣ و ٦٤ .

(٣) أحكام القرآن جـ ١ ص ٤٧٣ .

(٤) اللي : المطل . يحل عرضه أي شكايته والاغلاظ له في القول، وحبسه، الكشاف جـ ٣ ص ٣٤٩ .

صريح في أن للدائن معاقبة مدينه الظالم له بعدم الوفاء وهو واجد مايوفى به ، والظالم لامحالة مستحق العقوبة ، وهي الحبس ؛ لانه لم يرد في غيره اتفاقا .

وجمهور الحنفية يرون أن المدين يُحبس متى ثبت عليه الدين ، وامتنع عن الوفاء ، نحو شهرين او ثلاثة ، ومتى ظهر عسره بالسؤال عن ماله خلي سبيله ، والا ظل محبوساً ابداً حتى يقضي دينه .

غير أنه اذا كان معروفا بالعسر **لايحبس بحال** من أول الامر ، طبقاً لمنطوق الآية ؛ ولانه ليس ظالماً بعدم الوفاء .

فطلب الحبس ، وإن كان حقاً للدائن على مدينه ، **الا أن هـذا الحق شرع ـ في الواقع ـ وسيلة للاكراه على قضاء الدين ، أي شرع وسيلة لغاية ، اماوقد استحال يقيناً إفضاء هذه الوسيلة الى غايتها ـ وهي الوفاء ـ في حالة العسر فاستعمالها حينئذٍ تعسف غير مشروع؛لانها وسيلة استعملت في غير ماوضعت له ، وهذا هو التعسف .**

وكذلك الحكم إذا حبس المدين ، ثم ظهر إعساره ، وجب تخليته به ؛ لانه في هذه الحالة ليس ظالماً بعدم الوفاء ، فالله لايكلف نفساً إلا وسعها .

وايضاً : **الوسائل تسقط بسقوط مقاصدها** ، يقول العز بن عبد السلام :

« كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل »[1] .

ويفصح صاحب البدائع عن روح الشريعة في تعليله لهذه الاحكام المتعلقة بالمدين وحبسه[2] ، فيقول في شرائط وجوب الحبس ، وان اول شرط هو

---

(١) القواعد جـ ١ ص ١٠٩ .

(٢) لم يثبت أن النبي (ص) حبس أحداً في دين قط طوال حياته ، وليس في الآية دليل على أن للدائن سلطة على شخص المدين لا بحبس ولا بملازمة ، ولم يعهد في عصر الخلفاء الراشدين ان مدينا حبس لاجل الدين ، واختلف الأئمة في الدين الذي يحبس فيه المدين ـ وليس هنا مقام بسط آرائهم .

راجع مذكرة مبتدأ في الالتزامـات ص ٢٦ ـ ص ٢٨ للمرحوم الشيخ احمد ابراهيم .

« القدرة على قضاء الدين ، حتى لو كان معسراً **لايحبس؛** لقوله تعالى: « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » ولان الحبس لدفع الظلم بايصال حقه – الدائن – اليه ، ولا ظلم ؛ لعدم القدرة ؛ **ولانه اذا لم يقدر على قضاء الدين لايكون الحبس مفيداً ؛ لان الحبس شرع للتوسل الى قضاء الدين لا لعينه** [1] » .

وهنا يصل صاحب البدائع الى روح نظرية التعسف ، فيطبقها على هذه الجزئية ؛ اذ يفرق بين الوسيلة ، وهي هنا حق الحبس ، وبين الغاية وهي الوفاء ، ويحكم بأن هذه الوسيلة انما شرعت لغرض لا لذاتها ، فاذا تعذر تحققه كانت الوسيلة باطلة لايجوز اتخاذها ، لان اتخاذها حينئذ ، اما تصرف لمحض قصد الاضرار ، او للعبث ، وكلاهما لايفضي الى المقصود المشروع ، فضلاً عن ان الاحكام لم تشرع لذلك ؛ بل شرعت لغاياتها .

ويقول ابن رجب : « ومما يدخل في عمومه – اي عموم قوله صلى الله عليه وسلم : « لاضرر ولا ضرار » .. ان من عليه دين لايطالب به مع اعساره ؛ بل ينظر الى حال يساره . قال تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » وعلى هذا جمهور العلماء خلافا لشريح في قوله : ان الآية مختصة بديون الربا في الجاهلية ، والجمهور أخذوا باللفظ العام ، ولا يكلف المدين ان يقضي بما عليه في خروجه من ملكه ضرر ، كثيابه ومسكنه المحتاج اليه ، وخادمه كذلك ، ولا مايحتاج الى التجارة به ... لنفقته ونفقة عياله . هذا مذهب الامام أحمد رحمه الله تعالى [2] » .

فالآية الكريمة – على ما رأينا – تكشف عن روح الشريعة فيما يتعلق باقتضاء الحق واستعماله ، فتنأى به عن التعسف ، لأنها أميل الى التسامح ؛ بل التصدق ، وهذه الروح لاتتفق والفردية المطلقة .

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ١٧٣ .

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٢٧٢ .

ولعل أحكام هذه الآية اوضح مثل على أن مبنى ممارسة الحق هو التسامح والاحسان لا التعادل والمغالاة .

كما تنطوي أحكامها على إعمال مبدأ التضامن بين أفراد المجتمع الاسلامي ، والتساند الذي حث عليه الاسلام ورغب فيه في مواطن شتى من الكتاب والسنة .

ثم انك لاتكاد تجد فاصلا بين احكامها التشريعية والخلقية : فهي اذ تدعو الى التأجيل الى وقت الميسرة، تندب وتحث في الوقت نفسه على التسامح والابراء، وتجعل لهذا الاخير ثوابا أجزل من الانظار .

على ان كنا قد بينا ، أن الحقوق الفردية مشوبة بحق الله تعالى ، وهو امتثال أمره تعالى واجتناب نهيه ، أي أنها مقيدة بما يقيدها به الشارع ، وبعض هذه الحقوق متعينة للفرد ، فاباح الشارع للفرد أن يتصرف فيها بالاسقاط ، كما في تنازل الدائن عن الدين لمدينه ، اي ابرائه منه ؛ لقوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ،وأن تصدّقوا خيرٌ لكم إن كنتم تعلمون »وهذا بخلاف ما اذا كان المال في يده،فاراد التصرف فيه واتلافه في غير مقصد شرعي يبيحه الشارع فلا يجوز ، ويحجرُ عليه فيه [1] ؛ لأنه تعسف .

لا يقال إن هذا المال يتصرف فيه مالكه بمقتضى حق ملكيته وبرضاه؛لأنا نقول : إن ذلك يصح ان لو كان هذا الحق خالصاً للفرد ؛ ولكنا قررنا أنه ليس كذلك؛بل لله أيضاً هذا الحق؛لان المال يعتبر من المقوّمات الاساسية للمجتمع، اي من الضروريات ، فلا يجوز اذن التصرف فيه في غير مقصد شرعي ، ومنه الاتلاف والتضييع دون غرض؛فلا يجوز التصرف فيه على وجه يؤدي الى اسقاط حق الله فيه ، كالتضييع والاتلاف ، اذ ليس لصاحبه ولا للمجتمع مصلحة في هذا التصرف ، وحق ملكية المال لم يشرع لهذا الغرض العابث ، وهذا هو التعسف

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٦٧ ، الفروق للقرافي جـ ١ ص ١٤١ .

في استعمال الحق ، وقد بيّن الإمام القرافي في فروقه هذا المعنى بقوله : « حَجَر الربُّ تعالى على العبد في القاء ماله البحر ، وتضييعه من غير مصلحة ، ولو رضي العبد بذلك لم يعتبر رضاه ؛ لأن المال خلق **ليكون عونا** للفرد في دنياه وآخرته ، وتصرفه على وجه الاتلاف استعمال له في غير ما شرع له[1] » . وذلك بخلاف التصدق بالدين على المعسر ؛ لانه لمقصد شرعي ؛ ولمصلحة اجتماعية ظاهرة .

وعلى هذا لا يكفي في صحة التصرف **رضى المتصرف**، بل لابد ــ مع ذلك ــ من **موافقة الشرع** ، وفي هذا يقول ابن تيمية : « **لابد في صحة التصرف من رضى المتصرف وموافقة الشرع**[2] » .

على ان اهم ما يستخلص من الآية الكريمة مما يتصل بنظرية التعسف ــ وقد صرح بــه العلماء والمفسرون فيما قدمنا ــ ان الوسيلة ــ الحق ــ تسقط بسقوط مقصدها ؛ اذ لم تشرع الوسائل لعينها ، كما صرح بذلك الكاساني ــ سلطان العلماء ــ وغيره في هذا الصدد ؛ لان استعمال الوسيلة ــ الحق ــ مع العلم او في الغالب من الظن ، انهـا لا تثمر وتفضي الى المقصود من شرعها ، لا يخلو من احــد امرين :

اولاً ــ امـــا لمجرد قصد الاضرار ، وهو ممنوع ؛ اذ لاضرر ولا ضرار ، ولانه مناقض لاصل ابتناء الاحكام على المصالح .

ثانياً ــ واما لمجرد العبث ، والعبث لايشرع ؛ لمنافاته لاصل المصالح .

وكلا هذين الامرين تعسف في استعمال الحق ؛ لأنـــه انحراف بالحق عن غايته ؛ وبذلك تكون الآية اصلاً من اصول التعسف .

---

(١) الفروق للقرافي جـ ١ ص ١٤١ الفرق الثاني والعشرون .
(٢) الفتاوى جـ ٣ ص ٨٠ .

الدليل الثالث :

قال تعالى : « واذا طلقتم النساء ، فبلغن اجلهن ، فامسكوهن بمعروف ، أو سرحوهن بمعروف ، ولا تمسكوهن ضراراً ؛ لتعتدوا ، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ، ولا تتخذوا آيات الله هزواً ، واذكروا نعمة الله عليكم ، وما أنزل عليكم من الكتاب والحكمة ، يعظكم به ، واتقوا الله ، واعلموا أن الله بكل شيء عليم »[1] .

وقال تعالى : « والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن أن يكتمن ماخلق الله في أرحامهن ، إنْ كنَّ يؤمنَّ بالله واليوم الآخر ، وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن ارادوا اصلاحا ..[2] .

ظاهرٌ في هاتين الآيتين ، أن الله سبحانه ، انما أباح تعاطي الأسباب ـ اي ممارسة الحقوق في هذا المقام ـ لمن يقصد بها الصلاح ، دون الإضرار ، إذ ينهي الشارع الزوج أن يستعمل حق المراجعة ، لا لغرض سوى الاضرار بزوجته المطلقة ، « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا »[3] .

فالفعل المشروع لاتحل مباشرته إذا قصد به قصدٌ فاسدٌ ..

فاذا كانت المراجعة حقاً وضعه الله سبحانه في يد الزوج ـ بمقتضى عقد الزواج ـ ليعيد زوجته الى عصمة نكاحه بعد الطلاق الرجعي ، بقصد أن يستأنفا حياة زوجية كريمة ، يقيمان فيها حدود الله ، فاتخاذ هذا الحق وسيلة لإلحاق الضرر بالزوجة ،

---

(١) البقرة/ آية (٢٣١) .
(٢) البقرة/ آية (٢٢٨) .
(٣) البزدوي جـ ١ ص ٨٩ .

بتطويل العدة عليها ، أو بالجائها إلى الإفتداء تخلصاً من هـذا الاضرار ، أمر لايبيحه الشرع ؛ لانه تعسف أو استعمال للحق في غير ماشرع له[1].

يوضح ذلك ما جاء في تفسير القرطبي : « ثبت أن أهل الجاهلية لم يكن عندهم للطلاق عدد ، وكانت عندهم العدة معلومة مقدرة ، وكان هـذا في أول الاسلام برهة ، يطلق الرجل امرأته على ماشاء من الطلاق ، فاذا كادت تحل من طلاقها راجعها ماشاء ، فقال رجلٌ لأمرأته على عهد النبي ﷺ ، لا آويك ولا أدَعُك تحلّين.قالت: وكيف ؟قال: أطلقك،فاذا دنا مضيُّ عدتك،راجعتك »

ويفسر الطبري قوله تعالى: « ولا تمسكوهن ضرارا ؛ لتعتدوا » بمايكشف عن تلك الأوضاع التي كانت سائدة في بدء الاسلام ، من قصد الاضرار بالزوجة تحت ستار حق المراجعة هذا؛اذ يقول: «ولا تُراجعوهن.. الخ ــ ان راجعتموهن في عددهن ــ مضارةً لهن ، لتطولوا عليهن مدة انقضاء عددهن ، أو لتأخذوا منهن بعض ما آتيتموهن ، بطلبهنُ الخلع منكم ، لمضارتكم اياهن ، بامساككم اياهن ، ومراجعتكم اياهنّ ضرارا واعتداء»[2].

ويقول ابن عباس : « كان الرجل يطلق امرأته ثم يراجعها قبل انقضاءعدتها ثم يطلقها ، فيفعل ذلك يُضارها ويعضلها ، فانزل هذه الآية[3] » .

وعن مسروق « ولا تمسكوهن ضرارا » قال : يطلقها حتى اذا كادت تنقضي عدتها ، راجعها ، ثم يطلقها فيدعها ، حتى اذا كادت تنقضي عدتها راجعها ، ولا يريد إمساكها ، فذلك الذي يضار ، ويتخذ آيات الله هزوا[4]».

ولا خلاف بين الفقهاء في أن من كان مقصده بالمراجعة المضارّة فانه آثم بذلك .

---

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٢٦٨ جـ ٣ ص ١٢٦ ، البزدوي جـ ١ ص ٨٩ .

(٢) تفسير الطبري جـ ٥ ص ٧ و ٨ .

(٣) المرجع السابق ص ٩ ، الكشاف للزمخشري جـ ١ ص ١٤٠ .

(٤) تفسير الطبرى – جـ ٥ ص ٧ – ٨ .

آراء الفقهاء في حكم الرجعة :

وحكى ابن رجب اختلاف الفقهاء في الرجعة بقصد المضارة .

فالإمام مالك يرى : أن من راجع امرأته قبل انقضاء عدتها ، ثم طلقها من غير مسيس ، انه – إن قصد بذلك مضارتها بتطويل العدة عليها – لم تستأنف العدة ، وبنت على ما مضى منها؛ وذلك ؛ رداً لقصده السيء، وإن لم يقصد بذلك استأنفت عدة جديدة .

وذهب عطاء وقتادة والشافعي في القديم وأحمد في رواية ، الى انها تبني مطلقاً .

وقيل تستأنف مطلقاً ، وهو قول الكثيرين منهم : الزهري والثوري وابو حنيفة والشافعي في الجديد وأحمد في رواية[1] .

ويقول ابن تيمية في تفسير قوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن إن أرادوا إصلاحاً » إن هذا نص في أن الرجعة إنما تثبت لمن قصد الصلاح دون الضرر[2] » .

على أن الرجعة – عند بعض العلماء – صحيحة وإن كانت مع الاثم . وقال بعض العلماء . لو راجع بقصد المضارة ، وعلم الحاكم بذلك المقصد طلق عليه[3] .

---

(١) تفسير الطبري ج ٥ ص ٨ .

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٨ .

(٣) الفتاوى ج ٣ ص ٤٠ .

(٤) الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ١٢٢ .

نخلص من هذا ، الى أن حق الرجعة وضعه الشارع في يد الزوج ؛ ليتمكن به من استئناف الحياة الزوجية مع زوجته المطلقة رجعياً ؛ ليتفادى بذلك ما عسى أن يكون قد وقع فيه من تسرع في تطليقها ، فيصلح بذلك خطأه ، ويستأنف حياة جديدة ، فاذا اتخذ هذا الحق ذريعة للاضرار بالزوجة ، بأن لم يكن له من قصد بالمراجعة سوى مضارة زوجته ؛ فقد استعمل هذا الحق في غير ما شرع له ، وعرّض نفسه للإثم والعذاب الأخروي ، بما اقترف من ظلم .

هذا ، والرجعة لاتثبت على رأي بعض العلماء ـ كابن تيمية ، وللزوجة أن ترفع أمرها الى الحاكم ؛ ليفرق بينها وبين زوجها المضارّ كما نقلنا ذلك عن القرطبي ، كما انها لا تستأنف عدة جديدة اذا طلقها أثناء العدة ؛ بل تبنى على ما مضى اذا ثبت أنه قصد المضارة معاملة له بنقيض قصده ، وهو رأي الامام مالك[1] .

والمعاملة بنقيض القصـــد هنا ، ردٌ لتعسفه في استعمال حق المراجعة ، **فثبت أن هذه الآية أصل في التعسف** ، ووجه التعسف ظاهر ؛ لأنه استعمل الحق لمحض قصد الإضرار ، وهو ما اعتبره العلماء ولا سيما ابن رجب ؛ تطبيقاً لقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »[2] .

* * *

(١) راجع بحث التعسف للاستاذ الشيخ عيسوي ص ٦٥ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ص ٦٥ عدد ١ السنة الخامسة يناير ٦٣ .

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٨ ، المرجع السابق .

الدليل الرابع

قال تعالى: « من بعد وصية يوصى بها أو دين ، غيرَ مضارٍّ ، وصيةً من الله، والله عليم حليم »[1] .

تدل هذه الآية الكريمة على أن الوصية في ذاتها مشروعة ؛ ولكنها ليست مطلقة ، أو خاضعة لتقدير الموصي ، يتصرف فيها كيف يشاء ، ولا مسؤولية عليه في استعمال هذا الحق ، حتى ولو كان هذا الاستعمال متمحّضاً للاضرار بالورثة ؛ إذ الآية صريحةٌ في النهي عن المضارّة في الوصية .

وعلى هذا ، فالوصية في الفقه الاسلامي - مقيدة بعدم الاضرار بالورثة ، ولو كانت في حدود الثلث ، أو بما دونه ؛ لاطلاق النهي في الآية .

وللمضارة وجوه ذكرها الفقهاء منها :

أولاً — الوصية لأجنبي بالزيادة على الثلث ، وفي هذا خروج عن حدود الحق ، وبالتالي لا تدخل هذه الصورة في نطاق نظرية التعسف أصلاً ؛ لانتفاء الحق، الا اذا رضي الورثة بما زاد؛ لان المنع لحقهم، وحينئذ لاتعسف ، ولا مجاوزة .

ثانياً - الوصية لوارث ، إيثاراً له على باقي الورثة ، أو إضراراً بهم ، وهي باطلة ، بالاجماع[2] .

---

(١) النساء آية (١٢) .

(٢) ويرى فريق من الزيدية والشيعة الجعفرية ، ان الوصية للوارث وللاجنبي في الحكم سواء ، فتصح الوصية للوارث كما تصح للاجنبي ، وان لم يجزها الورثة ، ان كانت في حدود الثلث ، وهذا ما أخذ به قانون الوصية في الجمهورية العربية المتحدة كما نطقت بذلك المادة/٣٧ .

يقول ابن رجب في كتابه جامع العلوم والحكم : « والإضرار في الوصية تارة يكون بأن يخص بعض الورثة بزيادة على فرضه الذي فرضه الله له ، فيتضرر بقية الورثة بتخصيصه ، ولهذا قال النبي ﷺ : « ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه ؛ فلا وصية لوارث » .

وهذه الصورة باطلة في ذاتها ، وبالتالي لا تدخل في نطاق نظرية التعسف أيضاً ؛ لان النظرية كما هو معلوم – تعتمد وجود حق ، حتى يوصف بالتعسف ، وفي الوصية الباطلة ، الحق منتف أصلاً .

ثالثاً – الوصية بالثلث أو بما دونه ولأجنبي ، قصداً إلى الاضرار بالورثة ، وهذه الصورة تدخل في مجال النظرية ؛ لأن الشارع أباح هذه الوصية ؛ فهي مشروعة في ذاتها ؛ فاذا قصد الموصي بهذه الوصية ولو في حدودها المشروعة مضارة الورثة ، غدت غير مشروعة عند فريق من الفقهاء ، وهو قياس مذهب الإمام احمد[1] ، ورواية عن الإمام مالك[2] .

أما ان الموصي آثم بهذا القصد فمتفق عليه .

وذكر ابن رجب ، ان إعمال الباعث في وصية الضرار ، هو قياس مذهب أحمد ، فضلاً عما روي عنه من القول بردها[3] ،

= وانما قلت باطلة بالاجماع : لانه هو الذي نقل الينا من لدن رسول الله (ص) وهو الذي استقر عليه فقه أهل السنة ، ورأى المجيزين خلاف لا اختلاف ، لضعف السند الذي عولوا عليه . راجع جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٢٦٧ الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج ص وكتب الفقه باب الوصية .

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٢٦٧ و ٢٦٨ (٢) الجامع لاحكام القرآن ج ٥ ص ٨٠ – ص ٨١ للقرطبي .

(٢) ص ٤٨ وما بعدها .

(٣) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ ، الجامع لاحكام القرآن للقرطبي سورة النساء الموافقات ج ٢ ص ٣٢٣ للشاطبي ، اعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٤ لابن قيم الجوزية ، الفتاوى لابن تيمية ج ٣ ص ٣٩ .

وعما روي عن الإمـــام مالك بذلك أيضاً[1] .

فاذا أضفنا إلى ذلك اجتهاد المتأخرين من فقهاء الحنابلة ، كابن تيمية ، وابن قيم الجوزية ، واجتهـاد العلامة الشاطبي المالكي في كتابه الموافقات في اصول الشريعة ، من أن المقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات على سواء، اتضح لنا اتجاه أئمة هذين المذهبين في إعمال الباعث في التصرفات ، دون اشتراط وروذ ما يفصح عن القصد في التصرفات صراحة ً .

هذا ويتخذ ابن تيمية من هذه الآية دليلًا على الاعتداد بالباعث في التصرقات والمعاملات .

يقول ابن تيمية: «وان المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فيجعل الشيء حلالاً أو حراماً أوصحيحاً او فاسداً[2] » ثم يأتي بالادلة على ذلك ، ومنهـا آية النهي عن المضارة في الوصية التي نحن بصدد البحث فيها ، فيقول :

ودلائل هذه **القاعدة** كثيرة جداً منها :

١ — قوله سبحانه : «وبعولتهن أحق بردهن في ذلك،إن ارادوا اصلاحاً» .

٢ — وقوله سبحانه : « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا »فإن ذلك نص ٌ في أن الرجعة **انما تثبت** لمن قصد **الصلاح** دون **الضرار** .

٣ — ومنها قوله سبحانه : « من بعد وصية يوصى بها أو دين **غير مضار »** .

« فان الله سبحانه قدّم على الميراث وصية من لم يضار الورثة بها، فاذا أوصى ضراراً كان ذلك حراماً ، وكان للورثة إبطـــاله ، وحرم على الموصى له اخذه بدون رضاهم »[3] .

---

(١) سيأتي تفصيل القول في نظرية الباعث في الفقه الاسلامي ، وآراء الاصوليين والفقهاء في إعماله في التصرفات ،

(٢) الفتاوى جـ ٣ ص ٣٦ .

(٣) المرجع السابق — ص ٤٠ .

ويقول ابن قيم الجوزية في إعلامه : « قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها ، أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما ، وصحيحاً أو فاسدا ، وطاعة أو معصية ... ودلائل هذه القاعدة تفوت الحصر ؛ فمنها قوله تعالى ... « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار » فانما قدم الله الوصية على الميراث اذا لم يقصد الموصي الضرار ، فان قصده فللورثة ابطالها وعدم تنفيذها »[1].

على أن الاضرار بالوصية من الكبائر[2] ، فتنفيذ هذه الوصية يعتبر إعانة على الإثم ، والتعاون على الإثم منهي عنه بالنص ؛ لقوله تعالى : « ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » .

ويقول ابن عباس : الإضرار بالوصية من الكبائر[3] .

وجاء في سنن أبي داود[4] : أن رسول الله ﷺ قال : إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة ، ثم يحضرهما الموت ، فيضارّان في الوصية ، فتجب لهما النار ، قال الراوي : وقرأ علي أبو هريرة من هذا « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار » حتى بلغ « ذلك الفوز العظيم ».

أما ماروي عن الامام احمد من القول برد هذه الصورة من الوصية ، فينقله ابن رجب ، ثم يقرر أنه قياس مذهب احمد اذ يقول :

« واما ان قصد المضارة بالوصية لاجنبي بالثلث ، فانه يأثم بقصد المضارة ، وهل ترد وصيته اذا ثبت ذلك باقراره أم لا ؟ »

---

(١) اعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٤ .

(٢) احكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٢٠٠ ، الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج ٢ ص ٢٥٢ .

(٣) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ و ٢٦٨ لابن رجب ، الجامع لاحكام القرآن ج ص ٨٠ و ٨١ ، ج ٨ ص ٦٤ و ص ٦٥ للطبري .

(٤) سنني ابي داود ج ٣ ص ١٥٣ .

« حكي ابن عطية رواية عن مالك انها ترد ، وقيل انه قياس **مذهب احمد**[1]

نعم ، الإقرار أقوى الأدلة على الباعث ، ولكن ليس معنى هـذا ، أن مذهب الامام احمد لايعتمد إلا الاقرار في الكشف عن الباعث والاعتداد به ، فالحنابلة يذهبون الى إبطال كل **عقد** يتبين أن الباعث عليه أمر محظور محرم ، **سواء تضمنت صيغته مايدل عليه ، أم لم تتضمنه ، وكان أمراً باطنياً معنويا ، وان جاز أن يتبدل** ، ذلك ، لأنه قد اتخذ وسيلة الى أمر غير مشروع ، ولم يجعله الشارع وسيلة الى محظور ، فهو استعمال للحق في غير ماشرع له ، وفي تصحيحه إعانة على المعصية ، والإعانة عليها بأي طريق أمر محظور ، ولا يحتج بسلامة العبارة ، وخلوها مما يدل على المعصية ، فان الوصول اليها بطريق الغش والخديعة وعلى وجه الخفاء قد يكون أشد نكراً ، واعظم إثماً من الوصول اليها بطريق ظاهر علني ، لان الامر المعلن قد يمكن تداركه وتلافيه والحذر منه ، بخلاف الامر الخفي[2] ».

وهكذا نرى أن الحنابلة يبطلون كل عقد او تصرف كان الباعث عليه امراً محظوراً وان لم يصرح بالغرض منه ، كوصية الضرار ، وبيع العينة ، وما يماثلها[3] ، اذا دلت على ذلك القرائن ، غير انهم يشترطون علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع الذي لم يذكر في العقد .

واما في المذهب المالكي ، فيذكر القرطبي في تفسيره : « أن مشهور مذهب مالك ، وابن القاسم ، أن الموصي لا يعد فعله مضارة في ثلثه ؛ لأن ذلك حقه ، فله التصرف فيه كيف شاء ، وفي المذهب قول **إن ذلك مضارة فترد** »[4] .

---

(١) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ لابن رجب – اغاثة اللهفان – لابن قيم الجوزية ص ٣٧٧ و ص ٣٧٨ .

(٢) اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٧٢ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق .

(٤) الجامع لاحكام القرآن ص ٨٠ و ٨١ للقرطبي .

على أن ابن القاسم نفسه يرى أن الوصية للوارث ـ ان قصد به اضرار الورثة ـ ترد ولو أجازوا ، فاذا قال الموصي : « إن لم يجز الورثة فذلك للمساكين » فإن وصيته تبطل وترجع ميراثاً ؛ لانه لما أوصى لبعض ورثته ، ثم جعلها للمساكين ان لم يجيزوا ، دل ذلك على قصد الضرر بالورثة ، وما قصد به الضرر لايمضي ؛ لقوله تعالى في حق الموصي : « غير مضار » ولخبر « لا ضرر ولا ضرار »[1].

فابن القاسم يجعل المدار في الإبطال في هذه الصورة على قصد الاضرار ، ولم يجعله متوقفاً على عدم إجازة الورثة ، مع ان الإبطال لحقهم ، لا لحق الله تعالى ، فأبطل الوصية رأساً بالباعث غير المشروع .

ومقتضى هذا النظر إبطالُ الوصية بالثلث ، او بما دونه ولأجنبي ، اذا كان هذا القصد متوفراً ؛ لتحقق المناط ، وقواعد مذهبه كما رأينا تقتضيه ، واطلاق النهي في الآية يؤيده .

وجملة القول : أنا رأينا فريقاً من الفقهاء لايبطلون الوصية اذا كانت بالثلث ، أو بما دونه ولأجنبي[2] ، سواء قصد الموصي الاضرار بالورثة أم لم يقصد ، وسواء أكانت بقليل المال أم بكثيره .

وفريق آخر خالف في ذلك ، وجعل هـذه الوصية من وصية الضرار التي يشملها نص الآية الكريمة ، ولو كانت بالثلث أو بما دونه ولاجنبي ، وجعل المدار في ذلك على قصد المورّث الاضرار ؛ لاطلاق النهي في الآية .

على أن بعض المفسرين جعل هـذه الوصية ـ اي بما دون الثلث ولاجنبي ـ داخلة في النهي عن المضارة في الوصية الواردة في الآية الكريمة ، يقول الزمخشري في تفسير قوله تعالى : « غير مضارّ » « أي يوصي بها وهو غير مضار لورثته ، وذلك أن يوصي بزيادة على الثلث ، أو يوصي بالثلث فما دونه ونيته مضارّة

---

(١) احكام الوصية للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ١١٥ .

(٢) احكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٢٠٠ ومابعدها .

ورثته ، ومغاضبتهم ، لا وجه الله تعالى »[1] .

وهذا صريح في أنه استعمل الحق في غير ما شرع له .

هذا ، ومن الفقهاء من ذهب الى أنه لايشترط فيها قصد الضرر ؛ بل كل ما يترتب عليه الضرر بالورثة يُعد وصيةَ ضِرار ، ولو لم يقصد الموصي ذلك ، وعلى هذا؛فكل وصية ثبت انها تلحق الضرر بالورثة تكون باطلة،عملاً بهذه الآية.

وعندي ، أن هذا الرأي يحجر على الموصي في تصرفه بماله وصيةً ، وبدافع مشروع ؛ ليتدارك ما فاته ، وفيه له مصلحة ، ذلك ؛ لان هذا الفريق وإن نظر الى واقعة الضرر دون الباعث ، والضرر تجب إزالته في أي صورة من صوره ؛ لكنه لم يحدد هذا الضرر ، فالأخذ بهذا الرأي على اطلاقه يفضي الى ابطال اصل الوصية ، ولو كانت في نصابها المحدد شرعاً ، وبباعث مشروع ؛ إذ ما من وصية الا ويترتب عليها ضرر بالورثة ؛ لانها تعود حتماً بالنقص على مقدار مايستحقون بالارث ، وهذا نقض لمشروعية الوصية من اساسها .

مقارنة حق الايصاء في الفقه الاسلامي والفرنسي

من حيث خضوعه لنظرية التعسف

وحق الإيصاء هذا قد استقر الرأي في الفقه الفرنسي - الى يومنا هذا - على اعتباره حقاً مطلقاً تقديرياً ، اي خاضعاً لمحض تقدير الموصي ، يتصرف فيه كيف يشاء ، ولا مسئولية عليه في استعماله ، ولو تمحض للاضرار بالورثة ، ويبرر ذلك

---

(١) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل ، وعيون الاقاويل في وجوه التأويل ج ١ اولى ١٣٥٤ هـ ج ١ ص ٢٥٥ .

راجع خلاف هذا الرأي ، أحكام القرآن للجصاص ، ج ١ ص ٢٠٠ وما بعدها ، اذ يعتبر ان وصية الضرار هي الوصية باكثر من الثلث ولو لاجنبي ، ثم يقول : غير ان ذلك اذا كان ضراراً كان الواجب ان يكون باطلا لاموقوفا على اجازة الورثة ، لاطلاق النهي في الآية ، وهو مذهب ابن القاسم كما رأينا .

عادةً ، بأن حق الايصاء هو التعبير أو المظهر الاسمى للشخصية الانسانية ، مما يجعله حقاً مقدساً ، خاصة وأن رقابة القضاء لايتصور فرضهـا في شأن تصرف بالارادة الاخيرة للشخص قبل وفاته ؛ لان صاحب هذه الإرادة لم يعد موجوداً للدفاع عن تصرفه ، فيجب إذن ان نوفر قداسة معينة لإرادة من ماتوا ، ترفعها عن مجال الجدل والرقابة[1] ».

والواقع أن الفقه الاسلامي لايخلع مثل هذه القداسة على ارادة الموتى ، فالارادة ـ اذا انحرفت ـ تناقش، سواء أكانت للموتى أم للأحياء ، وليس من مقتضى المنطق أو العدالة ان يعتبر الموت ـ في ذاته ـ معتصماً تلوذ به المضارة، لتنجو من رقابة القضاء ، فالضرر يُزال ، ولا تجوز مضارة في حياة أو موت .

يقول قتادة في تفسير قوله تعالى « غير مضار » : « إن الله كره الضرار في الحياة وعند الموت ، ونهى عنه . . فلا تصلح مضارة في حياة او موت[2] » .

على أنا قد رأينا أن نصّ الآية الكريمة في النهي عن المضارة في حق الايصاء عتيد ، وتضافر على تقييد الوصية بمنع الضرر عن الورثة « السنة » فيما رواه ابو داود[3] ، واعتبر الصحابي الجليل عبد الله بن عباس ـ رضي الله عنهما ـ الاضرار في الوصية من الكبائر ، كما رأينا فريقاً من الفقهاء المحققين ، يوجبون البحث عن العوامل النفسية التي دفعت بالموصي الى الإيصاء ، حتى اذا ثبت ـ صراحة بالاقرار ،أو ضمنا ، او بطريق القرائن وملابسات الاحوال ـ أن الباعث عليه كان محض الاضرار بالورثة ، منعوا تنفيذ هذه الوصية قضاءً ، لما في تنفيذهـا من التعاون على الاثم والمعصية ، وهذا الاتجـاه ـ فيما نرى ـ هو الذي يتفق ومقصد الشارع في منحه هذا الحق ، ويدرأ التعسف في استعماله بسد الذريعة

---

(١) أصول القانون ص ١١٤٨ للدكتور حسن كيره .
(٢) تفسير الطبري جـ ٨ ص ٦٤ و ٦٥ .
(٣) سنن أبي داود ، جـ ٣ ص ١٥٣ .

الى الاثم ، والافتئات على حق الورثة ، وهو الذي ارتضاه الفقهاء المعاصرون ، وأخذ به المشرع أخيراً في قانون الوصية في الجمهورية العربية المتحدة[1] .

آراء الفقهاء المعاصرين في وصية الضرار :

يقول الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه شرح قانون الوصية ، بصدد وصية الضرار – وهي شاملة للوصية التي قصد بها الاضرار بالورثة – ما يلي :

« الوصية في ذاتها ليست معصية ؛ بل هي تمليك مباح ؛ ولكن الباعث عليه أمر محرم .. فإن هذه الوصية ينظر اليها حينئذٍ نظران :

أحدهما : نظر الى كونه تمليكاً مباحا لمن هو أهل للتمليك .

والثاني : نظرٌ الى الباعث ، فإن الباعث عصيان ، **وما كانت الوصايا لذلك** ... ، ولذلك أبطل القانون الوصايا التي يكون الباعث عليها لا يتفق مع مقاصد الشرع ، أو بعبارة أوضح ، يكون الباعث عليها معصية ، أو يؤدي قطعاً الى أمور لا يحلها الشارع »[2] .

ويقول المرحوم الاستاذ الشيخ احمد ابراهيم :

« ومن ذلك – المضارة في الوصية – أن يخرج ماله بالوصية بقصد الاضرار بورثته لأمر ما ، فمن أوصى بماله كله أو ببعضه – **ولو دون الثلث** – مريداً بذلك حرمان الورثة من ميراثهم كله أو بعضه ، فوصيته باطلة ، ولو كانت في الظاهر مصروفة في القُرَب . وعجيبٌ جداً أن يتقرب الانسان الى مولاه باضرار القريب المأمور بصلته والبر به » .

---

(١) شرح قانون الوصية – للاستاذ الشيخ أبي زهرة ص ٤٨ – ٥٠ .

(٢) المادة/٣ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ «يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية ، والا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع » .

(٣) شرح قانون الوصية ص ٤٨ – ٥٠ للشيخ محمد أبي زهرة .

ثم يقول :

« وظاهر الأدلة من الكتاب والسنة ، أنه لا ينفذ من وصية الضرار شيء ، سواء كانت بالثلث،أو بما فوقه، أو بما دونه ؛ بل هي ردٌّ على فاعلها،وعلى هذا تكون أحاديث الاذن بالوصية في حدود الثلث مقيدة بعدم الاضرار»[1] .

ويأخذ الاستاذ الشيخ علي الخفيف بهذا النظر ، مؤيداً اتجاه قانون الاحوال الشخصية في الجمهورية العربية المتحدة في اعتبار وصية الضرار باطلة ؛ اذ يقول :« إن اختيار القانون لذلك الرأي اختيار موفق ، تسد به الذرائع الى الإثم ، وتجتث أصوله ، ويقضي به على دواعيه [2] ».

وفي الواقع ، أنا مادمنا قد سلمنا أن اساس نظرية التعسف هو مقتضيات العدالة وقواعد الاخلاق ، وجب إذن بسط رواقها على جميع الحقوق ، اياً كان نوعها[3] ، وأضحى مما ينافي هذا الاصل ، التمييز التحكمي بين ماهو حق تقديري مطلق خاضع لمشيئة صاحبه في استعماله دون قيد أو رقابة،وبين ماهوحق مقيد يخضع ـ إن في بواعث استعماله أو نتائجه ـ لاحكام نظرية التعسف .

---

(١) كتاب الوصية وبيان احكامها في الشريعة الاسلامية ص ٢٦ - ٢٧ للشيخ احمد ابراهيم .

(٢) احكام الوصية ص ١١٣ .

(٣) وهذا ما اتجه اليه المشرع في التقنين المدني الجديد ؛ اذ جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي ، بان هذا المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية ؛ لان لهذه النظرية من معنى العموم مايجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون .. (فهي) تنطبق على روابط الاحوال الشخصية ، كما تنطبق على الروابط المالية،وتسري في شأن الحقوق العينية سريانها في الحقوق الشخصية، ولا تقف عند حدود القانون الخاص ؛ بل تجاوزه الى القانون العام « مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٠٧ .

والخلاصة ، أن هذه الآية - بما هي شاملة للوصية بالثلث أو بما دونه ، ولأجنبي ، أو لوجوه البرّ والقرب ، تدل على بطلانها على ماهو الأرجح من رأي المحققين من الفقهاء والمفسرين ، إذا قصد بها محض الاضرار بالورثة ، أو كان قصد الاضرار هو الباعث الرئيسي على الإيصاء، لموافقة هذا الحكم لمقصد الشارع، وبذلك تعتبر هذه الآية اصلا من اصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي .



المبحث الثاني

أدلّة النظريّة من السنّة

الدليل الاول :

قول النبي ﷺ فيما رواه ابو سعيد الخدري : « لا ضرر ولا ضرار »(١) .
وجاء في بعض روايات هذا الحديث « من ضارّ أضر الله به ، ومن شاق شاقّ الله عليه »(٢) .

وهذا الحديث وان كان ظنياً باعتبار سنده ، إلا أن مضمونه يرقى الى مرتبة القطعي ، باستقراء الاحكام الواردة في القرآن والسنة المشهورة : كالنهي عن مضارة كلٍّ من الوالدين الآخر في اولادهما « لا تضار » والدة بولدها ولا مولود

---

(١) انظر سند هذا الحديث في كتاب جامع العلوم والحكم ، لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٥ .

– وانظر تخريج هذا الحديث بطرقه المتعددة كتاب نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٦١ ، وما بعدها للعلامة الشوكاني

هذا ، ولا عبرة بانكار ابن حزم لصحة رواية هذا الحديث ؛ لانه جاء مسندا من طرق موثوق برجالها ، فضلا عما اعتضد به معناه من كليات الشريعة وجزئياتها ، كما يقول الشوكاني – نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٦١ – وما بعدها – وراجع المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٢٤١ و ٤٢٢ .

(٢) نيل الأوطار جـ ٥ ص٢٦١ .

له بولده[1] »، والنهي عن وصية الضرار، ولو كانت في حدود الثلث او بما دونه ولاجنبي، أو في وجوه البر والقُرَب؛ لقوله تعالى: « من بعد وصية يوصى بها أو دين غيرَ مضار »[2] والنهي عن رجعة الضرار « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا »[3]، والنهي عن الاحتكار؛ لقوله ﷺ: « لا يحتكر الا خاطىء »[4] والنهي عن بيع حاضر لباد، « لا يبيع حاضر لباد »[5] والنهي عن استعمال حق الملكية بقصد الاضرار بالغير، كما في حديث سمرة بن جندب في الحاق الضرر بالانصاري صاحب البستان، وقول الرسول ﷺ معللا الحكم على سمرة بقلع نخلته من البستان « انما أنت مضار »[6] لإصراره على المضارة، وثبوت حق الشفعة[7] للشريك في العقار أو للجار؛ دفعاً لضرر الشريك الطارىء، الى غير

---

(١) البقرة/ آية (٢٣٣).

(٢) سورة النساء: آية (١٢).

(٣) البقرة: آية (٢٣١).

(٤) رواه مسلم وابو داود والترمذي وصححه وابن ماجه – وروي بلفظ « من احتكر طعاما فهو خاطيء » انظر الترغيب والترهيب للمنذري ج ٢ ص ٥٨٢، وسنن ابن ماجه ج ٣ ص ٧، نيل الاوطار ج ٥ ص ٨٥، وراجع في « الاحتكار » مقدمات ابن رشد ج ٣ ص ٢٩٠، المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٢٠، الطرق الحكمية ص ٢٨٦ و ص ٢٨٨، ص ٣٠٩ رد المحتار ج ٥ ص ٢٧٨، تبيين الحقائق للزيلعي ج ٦ ص ٢٧، إحياء علوم الدين للغزالي ج ٢ ص ٧٤، رحمة الامة ص ١٤٤، الجامع الصغير على هامش الخراج لابي يوسف ص ١٠٥، الاختيار ج ٤ ص ٢٦٦، المحلى لابن حزم، المجلد ٧ ص ٦٤ المسألة ١٥٦٧ مصادر الحق للدكتور السنهوري ج ٢ ص ٨٢.

(٥) اخرجه البخاري ومسلم والنسائي وابن ماجه – راجع سنن ابي داود ج ٣ ص ٣٦٧، النووي ج ٤ ص ٨.

(٦) الاحكام السلطانية لابي يعلى الحنبلي ص ٢٨٥، جامع العلوم والحكم لابن رجب ٢٦٨ وما بعدها.

(٧) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٥ و ص ٧٦ والاشباه والنظائر لابن نجيم تعليق الحموي ص ١١٨.

ذلك من الاحكام التي تدور كلها على نفي مشروعية ايقاع الضرر، او وقوعه بجميع صوره واسبابه ، الا ما استثنى بدليل .

ويقول الامام الشوكاني : « فانه ـ اي حديث لا ضرر ولا ضرار ـ قاعدة من قواعد الدين ، تشهد له كليات وجزئيات »[1] .

المعنى المراد من اللفظين « لا ضرر ولا ضرار »

آراء اللغويين وشراح الحديث :

اختلف اللغويون وشراح الحديث في المعنى المراد من هذين اللفظين ؛ فصاحب لسان العرب ، يغاير في المعنى بينهما ؛ اذ يقول : « الضرر فعل الواحد ، والضرار فعل الاثنين[2] » .

وذهب الى المغايرة ايضاً ابن الاثير ، صاحب كتاب النهاية في غريب الحديث والاثر[3] ، فيفسر قوله ﷺ :

« لاضرر » اي لايضر الرجل أخاه .. « ولا ضرار » : . اي لايجازي على الضرر بالضرر .

---

(١) نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٦١ .

(٢) جاء في لسان العرب مانصه : « روى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاضرر ولا ضرار في الاسلام » ولكل واحد من اللفظين معنى غير الآخر ؛ فمعنى قوله « لاضرر » اي لايضر الرجل أخاه ، وهو ضد النفع . وقوله « ولا ضرار » اي لايضار كل واحد منهما صاحبه ، فالضرار منهما معاً ، والضرر فعل واحد » راجع لسان العرب ج ٦ ص ١٥٣ .

(٣) يقول ابن الاثير : فعنى قوله لاضرر » اي لايضر الرجل أخاه ، فينقصه شيئاً من حقه ، « والضرار » فعال ، من الضرر ، أي لايجازيه على اضراره ، بادخال الضرر عليه ، والضرر فعل واحد ، والضرار فعل الاثنين ، وقيل الضرر ابتداء الفعل ، والضرار الجزاء عليه « وقيل : الضرر ماتضربه صاحبك وتنتفع به » وقيل : هما بمعنى وتكرارهما للتأكيد ـ النهاية ج ٣ ص ١٦ .

آراء الاصوليين والفقهاء في المعنى المراد من اللفظين: «لاضرر ولاضرار»

ويحكي العلامة الشوكاني الخلاف في الفرق بين اللفظين في المعنى، ويذكر اقوالا في ذلك منها :

١ - ان **الضرار** أن تضره بغير أن تنتفع، **والضرر** أن تضره وتنتفع أنت به .

٢ - أن الضرار الجزاء على الضرر، والضرر الابتداء[1] .

وذهب بعض الفقهاء واصوليو الجعفرية الى احتمال أن يكون التكرار للتأكيد؛ بل هو الأرجح عند هؤلاء الاخيرين[2] .

وفي فقه المالكية[3] : يذكر صاحب المنتقى على موطأ مالك المعاني المحتملة لهذين اللفظين، ومن ذلك :

---

(١) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٦٠ .

(٢) يذهب أصوليو الجعفرية الى ان الارجح هو ان اللفظين بمعنى ، وتكرارهما للتأكيد؛ فقد جاء في كتاب « كفاية الاصول » المجلد الثاني ص ٢٦٦ مايلي :

« الظاهر أن الضرر هو ما يقابل النفع من النقص في النفس او الطرف او العرض او المال، كما ان الاظهر ان يكون الضرار بمعنى الضرر، جيء به تأكيداً، كما يشهد به اطلاق « المضار » على سمرة بن جندب » واختار هذا الاحتمال ورجحه ابن حبيب من المالكية - المنتقى شرح الموطأ جـ ٦ ص ٤٠ .

وعمدة من قال بالتأكيد : أن لفظ الضرار، ورد في الكتاب والسنة بمعنى الضرر، أما في الكتاب فكقوله تعالى : لاتضار « والدة بولدها .. الآية » وكقوله تعالى : « والذين اتخذوا مسجدا ضرارا وكفرا وتفريقا بين المؤمنين » وكقوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار » .

وفي السنة ماورد في حديث سمرة ، من قول الرسول له حين أصر على ايذاء الانصاري والاضرار به ، بدخوله بستانه دون استئذان « انما انت مضار » وكقوله عليه السلام فيما رواه أبو داود في سننه : « ان الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة، ثم ضرهما الموت، فيضاران في الوصية » النهاية جـ ٣ ص ١٦ .

(٣) راجع المعاني المحتملة لحديث « لاضرر ولا ضرار » التي أوردها فقهاء المالكية في تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٥٤ ومعين الاحكام ص ٢٤٤ .

انه يحتمل أن يريد بالحديث « **لا ضرر على أحد** » بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه ، ولا يجوز له إضراره بغيره » .

غير أن بعض فقهاء المالكية يخص الحديث بنفي الضرر عن **الجار** خاصة ، والنهي عن الإضرار به ، سواء **كان مقصوداً أم غير مقصود** . فقد ذكر صاحب المنتقى رأي الخشني في ذلك ؛ إذ يقول :

« وقال الخشني : «**الضرر**» هو مالك فيه منفعة ، وعلى **جارك** فيه مضرة» .
و « **الضرار** » ما ليس لك فيه منفعة ، وعلى **جارك** فيه مضرة » .

وتعقب هذا بأنه تخصيص للحديث بلا دليل ؛ إذ الحديث عام[1]. وبعمومه يشمل كل صور الضرر إلا ما استثني بدليل ، وهذا ما يؤكده العلامة الشوكاني بقوله : « لا ضرر ولا ضرار » هذا فيه دليل على تحريم الضرار **على أي صفة كانت** ، من غير فرق بين الجار وغيره ، **فلا يجوز في صورة من الصور إلا** بدليل يخص به هذا العموم ، فعليك بمطالبة من جوز المضارة في بعض الصور بالدليل ، فان جاء به قبلته ، وإلا ضربت بهذا الحديث وجهه ؛ فانه قاعدة من قواعد الدين ، تشهد له كليات وجزئيات»[2] .

وعلى هذا ، فليس الحديث خاصاً بنفي الضرر أو تحريم إيقاعه على الجار خاصة ، لما هو ظاهر فيه من العموم .

هذا ، والمشهور – كما يقول ابن رجب – إن بين اللفظين فرقاً[3] ، ويورد رأياً يحمل الحديث على معنى أن الضرر نفسه منتف في الشرع ، وإدخال الضرر بغير حق كذلك .

---

(١) استفيد العموم من وقوع النكرة في سياق النفي ، على ماهو المقرر في علم الاصول .

(٢) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٦٠ .

(٣) ويؤيد ذلك ما رأينا من المغايره في المعنى لغة .

وعلى هذا فالضرر هو الاسم ، والضرار هو الفعل[1] .

كما يذكر احتمالاً آخر من المعنى للحديث ، وهو : أن « الضرر أن يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به ، والضرار أن يُدخل على غيره ضرراً بلا منفعة له فيه ، كمن منع ما لا يضرّه ويتضرر به الممنوع » وقد رجح هذا المعنى ، ابن عبد البر ، وابن الصلاح[2] ، وقد ذكره ابن الاثير[3] .

وجماع القول ، أن النبي ﷺ ، إنما نفى الضرر والضرار بغير حق ، وأما إدخال الضرر على من يستحقه ، فهذا غير مراد قطعاً[4] .

وعندي ، أنه إذا انتفت مشروعية[5] الضرر بصريح قول النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » كان ذلك نهياً عن الأفعال التي تؤدي الى الضرر مقصوداً أم غير مقصود ، اجتثاثاً لواقعة الضرر في أي صورة من صورها ، تطبيقاً لعموم هذا الحديث في أوسع مدى ، الا ما استثني منه بدليل .

وبذلك يكون النهي عن الضرر في هذا الحديث شاملاً لما اذا كان الضرر ناتجاً عن طريق المباشرة ، أو التسبب مع التعدي ، بارتكاب الافعال غير المشروعة

---

(١) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) النهاية جـ ٣ ص ١٦ .

(٤) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ وما بعدها .

(٥) وانما قلنا ان الحديث يفيد نفي مشروعية الضرر وقوعاً أو ايقاعاً ؛ تحرزاً عن القول بما يفيده معناه الوضعي ، من نفي وقوع الضرر ، ونفي وقوع مقابلة الضرر بمثله ، وهو غير مراد ؛ لانه مخالف للواقع ، واخبار الشارع صادقة ، فوجب حمله على المعنى المقصود ، من نفي مشروعية ايقاع الضرر ، او مشروعية وقوعه من اي شخص كان ، سواء على نفسه ام على غيره ، وسواء نتج عن تصرفه في حقه أم في حق غيره ، على سبيل الاعتداء مباشرة أو تسبباً — انظر المادة/١٩ من مجلة الاحكام العدلية وشرحها جـ ١ ص ٣٣ للاستاذ محمد سعيد مراد الغزي .

في ذاتها ، والتي تعتبر اعتداء على ذات الانسان،أو ماله ، او أي حق من حقوقه ، كالامتناع عن اداء ماله من حق مثلا .

وشامل كذلك للضرر الذي يترتب على فعل مشروع في ذاته ،وهذا القسم هو الذي يدخل في نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ؛ فكان الحديث بذلك اصلا لهذه النظرية ، يؤيد ذلك ماورد في الكتاب والسنة من النهي عن المضارة في الحقوق[1]،وما أثر من فقه الصحابة ، بمنع كل ذي حق من أن يتسبب باستعمال حقه في ايقاع الضرر بغيره .

اما الكتاب ، فقد أوردنا طائفة من الآيات الكريمة التي تنهى عن المضارة ابان استعمال الحق ، في بحث الادلة المثبتة للنظرية من ذلك :

- النهي عن مضارّة الورثة في استعمال حق الايصاء ، والوصية تصرف في حق الملكية .

- النهي عن المضارّة في الرجعة ، والرجعة حق ثابت للزوج بمقتضى عقد الزواج .

- والنهي عن مضارّة كل من الوالدين الآخر بسبب الولد ، ابان استعماله لما يملك من حق ، فنهى الوالد عن أن يسيء استعمال حق الولاية على ابنه ؛ليضارّ الام ، كما نهى الام عن مضارّة الوالد ، فيما تملك من حق رضاع ولدها .

فهذه الآيات التي أوردناها على سبيل المثال ، جاءت متضافرة تؤيد حديث «لاضرر ولا ضرار»في شموله للنهي عن المضارّة في استعمال الحقوق والتعسف فيها.

وأما السنة : فقد نهى النبي ﷺ عن المضارّة ابان استعمال حق الملكية ، وقضى باستئصال علة الضرر بعد أن تعذر منعه بغير ذلك ، كما في حديث سمرة ابن جندب،وقد كان يستعمل حقه في الاستطراق في بستان الأنصاري؛ للوصول

---

(١) راجع الادلة التي سبق أن سقناها من الكتاب الكريم التي تنهى عن استعمال الحق بقصد الاضرار - وراجع جامع العلوم لابن رجب ص ٢٦٧ حيث عدد صورا من استعمال الحق بقصد المضارة ؛تطبيقا للحديث .

إلى نخلته ، ولما كان يلزم من استعمال حقه هـذا ضررٌ بالانصاري عرض عليه النبي ﷺ حلولاً مختلفة ، وأبى سَمُرة إلا الإصرار على إيذاء الانصـاري ، أمر الرسول ﷺ باجتثاث النخلة التي يملكها سمرة ؛ **لأن بقاءهـا هو علة بقاء حق الاستطراق لسمرة في بستان الانصاري ، والاستطراق هو منشأ الضرر ،** وهكذا دفع النبي ﷺ **الضرر الناشيء عن استعمال حق الملكية باستئصال علة العلل**،وقال لسمرة : « إنما انت مضارّ »وفي رواية أُخرى إنه علّل ذلك بقوله : «لا ضرر ولا ضرار في الاسلام» وفي هذه الرواية الاخيرة يعتبر الحديث**مسوقاً للنهي عن الضرر الناشيء عن استعمال حق الملكية**؛فثبت ان الحديث اصل عتيد **لنظرية التعسف** في الفقه الاسلامي أصّله الكتاب الكريم ،وسنة الرسول ﷺ في هذا الحديث الذي يعتبر من جوامع الكلم .

أما فقه الصحابة فقد كان متمثلا روح الشريعة ،ففي جانبه العملي ـ وهو القضاء ـ رأينا عمر رضي الله عنه يقضي بمنع المالك من التعسف في استعمال حقه في وقائع كثيرة ، كاجباره محمد بن مسلمة على السماح للضحاك بالارتفاق بملكه ،بان يمر خليجه في أرض محمد بن مسلمة ، مادام هذا الاخير لايتضرر من ذلك ؛ بل ينتفع ، وقال عمر رضي الله عنه قولته المشهورة التي تعبّر عن استنكاره للتعسف « لِمَ تمنع أخاك ماينفعه وهو لك نافع ، تسقى به اولاً وآخراً ، وهو لايضرك ؟» ولما أصر محمد بن مسلمة على المنع ، أقسم عمر رضي الله عنه بما يشف عن استنكاره الشديد للتعسف بقوله عمر رضي الله عنه : « والله ليمرّن به ولو على بطنك »[1].

وكما في قضائه بمنع التزوج من الكتابيات في ظروف خاصة ،وهو **منعٌ للمباح** اذا كان يغلب على الظن انه مفضٍ الى ضرر عام[2] ، وهو تتابع المسلمين في الزواج من الكتابيات الاجنبيات ، رغبة في جمالهن ، فتترك المسلمات بلا ازواج ،

---

(١) المنتقي على الموطأ ج ٦ ص ٤٥ – ٤٦ .

(٢) تاريخ الطبري ج ٦ ص ١٤٧ . احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٣٩٨ .

وهذه فتنة عظمى تحمل المسلمات على الوقوع فيما حرم الله[1]؛ ففي الحادثة الاولى، قضى بمنع التعسف في حق الملكية دفعاً للضرر عن الفرد، وهنا قضى بمنع التعسف في استعمال المباح بالنظر لما يترتب عليه من ضرر عام، ولا شك أن عمر رضي الله عنه يستوحي في قضائه مايحكم به حديث «لاضرر ولا ضرار في الاسلام» لأن تعليله لقضائه ينم عن ذلك، وهو الحديث الذي يلخص روح الشريعة، ويؤكد أصلها العام، من أنها مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد.

هذا، ولم يغب عن أذهان المحققين من الأصوليين الأعلام كالشاطبي في موافقاته[2]، وابن رجب[3]، أن يجعلوا هذا الحديث **أصلا** لما يصدرون عنه من احكام تتعلق **بحالات الضرر** الناشئة عن **استعمال الحقوق**، والتي سنعرض لها في بحث معايير النظرية، فيؤكد الامام الشاطبي هذا الاصل العام، وانه من المصادر الفقهية التي تصدر عنها احكام التعسف في استعمال الحق، اذ يقول: **«فالاصل عصمة الانسان عن الاضرار به وايلامه»**.

ويقول الاستاذ الشيخ ابو زهرة في شرحه لعبارة العلامة الشاطبي:

والاصل دفع الاضرار ما امكن الدفع، لأن صيانة الانسان غيره، والامتناع عن إنزال الضرر به وإيلامه باي وجه من وجوه الإيلام، اصل ثابت في الاسلام بقوله ﷺ: «لاضرر ولا ضرار[4]».

---

(١) تعليل الاحكام للاستاذ الشيخ مصطفى شلبي ص ٤٣.

(٢) الموافقات جـ ٢ ص٣٤٨ وما بعدها.

(٣) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ وانظر تفصيل حالات التعسف في استعمال الحق وحكم كل حالة تطبيقا للاصل العام الذي جاء به الحديث: «لاضرر ولا ضرار».

(٤) كتاب اسبوع الفقه الاسلامي ص ٣٥.

تفصيل القول فيما يشمله حكم هذا الحديث من وجوه الضرر الناشئة عن استعمال الحق بوجه عام[1]

إن امتثال النهي في الحديث يكون بأحد أمرين :

أولاً : بالدفع قبل وقوع الضرر .

ثانياً : بإزالة الضرر بعد الوقوع .

وذلك ؛ لأن الضرر، إما أن يكون **متوقعاً أو واقعاً**، فان كان **متوقعاً**، فالامتثال يكون بدفعه قبل وقوعه ، ومن هنا وضع الفقهاء قاعدة : « الضرر **يدفع بقدر الامكان**»[2] . ومبدأ «سد الذرائع» الذي أخذ بأصله جميع الفقهاء ، وتوسع المالكية والحنابلة في تطبيقه **قائم على دفع ضرر متوقع** ، وهو توثيق لمبدأ المصالح الذي قامت عليه الشريعة .

وليس العمل بالاستحسان في بعض صوره عند الحنفية إلا تطبيقاً **لدفع ضرر متوقع** ؛ فقد قالوا : إن المالك يمنع من التصرف بعقاره إذا كان يترتب على تصرفه ضرر فاحش استحساناً لا قياساً[3] **لأجل المصلحة** .

وإن كان الضرر واقعاً ، فالامتثال والتنفيذ يكون بإزالته ، **أي بإزالة** أسبابه ؛ لمنع استمراره في المستقبل ، والضمان أو التعويض عما وقع ، إن كان له وجه ؛ لان كل ما كان واقعاً – وهو غير مشروع – فهو واجب الإزالة .

---

(١) اي الحق الاستشاري بمعناه الدقيق والإباحات .

(٢) مجلة الأحكام العدلية ، مادة ٣١ .

(٣) تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ للزيلعي ... هذا ، ودفع الضرر المتوقع قبل الوقوع أولى ، لأن الدفع اسهل من الرفع ، وهذا الدفع يمثل « الدور الوقائي لنظرية التعسف » .

مدى استدلال أئمة المذاهب بحديث «لا ضرر ولا ضرار» في استعمال حق الملكية .

هذا ، وإذا كان الفقهاء قد أخذوا بحديث[1] « لا ضرر ولا ضرار » في منع الأضرار الناشئة عن استعمال الحقوق ، إلا أنهم اختلفوا في التطبيق ، ولا سيما في حق الملكية .

رأي الإمام الشافعي :

يرى الامام الشافعي أن حديث « لا ضرر ولا ضرار » ليس نصاً قاطعاً في منع المالك من التصرف بملكه اذا ترتب عليه ضرر بغيره ؛ بل هو محتمل أيضاً لنفي الضرر عن المالك في منعه من التصرف بملكه ، ويرى أن في منع المالك - لدفع الضرر عن غيره - ضرراً أشد ؛ إذ يقول في كتابه الأم : « فإن تأول رجلٌ قولَ النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » فهذا كلام مجمل لا يحتمل لرجل شيئاً الا احتمل عليه خلافه ، ووجهه الذي يصح به ، أن « **لا ضرر** » في أن لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه ، « **ولا ضرار** » في أن يمنع رجل من ماله ضرراً ولكل ما له وعليه » .

« فان قال قائل: بل احدث للناس حكماً على النظر لهم ، وأمنعهم في أموالهم على النظر لهم ، قيل له إن شاء الله تعالى : أرأيت رجلاً له بيت يكون ثلاثة

---

(١) انكر ابن حزم صحة سند هذا الحديث كما ذكرنا سابقاً ؛ ولكنه صرح بصحة معناه ، وقد رأينا أنه ورد من طرق متعددة موثوق برجالها ، وهذه الطرق يعضد بعضها بعضاً ، فضلاً عما تشهد لهذا الحديث من كليات الشرع وجزئياته ، كما يقول الامام الشوكاني - المحلى جـ ٨ ص ٢٤١ - ٢٤٢ ، نيل الاوطار جزء ٥ ص ٢٦٠ .

أذرع في ثلاثة اذرع،في دار رجل له مقدرة، أعطاه به ما شاء، مائة الف دينار أو أكثر،وقيمة البيت درهم أو درهمان،وأعطاه مكانه داراً مع المال،أو رقيقاً ، هل يجبر على النظر له ، أن يأخذ هذا الكثير بهذا القليل ؟.. أو رأيت رجلاً له قطعة أرض بين أراضي رجل لاتساوي القطعة درهماً،فسأله الرجل أن يبيعه منها ممراً بما شاء من الدنيا ، هل يجبر على أن يبيع ما لا ينفعه بما فيه غناه ؟ .. » وذكر أمثلة اخرى بهذا المعنى ، الى أن قال : « فان قال لا يجبر واحد من هؤلاء على النظر له ، قلنا : وكل هؤلاء يقول : إنما فعلت هذا إضراراً بنفسي واضراراً للطالب إلي"[1] ... الخ » .

وهكذا نرى الامام الشافعي ينكر - بوضوح - ان يقيد المالك في تصرفه في ملكه ، ولو أدى الى الاضرار بغيره ؛ بل ولو أضر بنفسه ، ولا يتخذ من الحديث حجة" في هذا التقييد ؛ لانه مجمل ،وقد حمله على معنى رآه الوجه الصحيح لمفهوم الحديث كما رأينا .

غير أن المالك اذا قصد الاضرار بغيره في استعماله لحقه؛ فهو يحمل وزرهذا القصد من الإثم .

على أن الإمام الشافعي - رحمه الله - يحد من حق المالك في تصرفه في ملكه في بعض الصور كما سنرى ، الا انه لايستند في ذلك التقييد الى حديث «لا ضرر ولا ضرار» ؛ بل الى أدلة أخرى سنأتي على ذكرها في موضعها ان شاء الله .

رأي الإمام أبي حنيفة في مدى حق الملكية :

لا يأخذ الامام ابو حنيفة - رضي الله عنه - بحديث « لا ضرر ولا ضرار» كأصل يقيد به حق المالك في التصرف في ملكه قضاءً ؛ فلا يمنع من التصرف في ملكه ولو تضرر من ذلك غيره"، فله ان يفتح ماشاء من النوافذ دون قيد او

---

(١) الام جـ ٣ ص ٢٢٢ .

شرط ، وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة ، ولو كان ذلك يوهن جدارجاره، ولو سقط لا ضمان عليه ؛ لانه ليس متعدياً ما دام يتصرف في دائرة ملكه ، ولا ضمان الا مع التعدي ، أي مجاوزة حدود ملكه ، وهو لا يمنع الا اذا تعلق بملكه حق عيني للغير ، كحق صاحب العلو على السفل[1] مثلاً .

وقد عبر الإمام الكاساني عن وجهة النظر هذه بقوله في بدائعه [2] : « **حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختيـاره ، وليس لأحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ، ولا لأحـد ولاية المنع عنه ، وإن كان يتضرر به ، إلا اذا تعلق به حق الغير ، فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق** » .

ويقول أيضاً : « **للمالك أن يتصرف في ملكه اي تصرف شاء ، سواء كان تصرفاً يتعدى ضرره الى غيره أو لا يتعدى** ؛ فله أن يبني في ملكه مرحاضاً او حماماً او تنوراً ، وله أن يقعد في بنائه حداداً او قصاراً ، وله أن يحفر في ملكه بئراً او بالوعة او ديماساً[3] ، **وان كان يهن في ذلك البناء ويتأذى به جاره ، وليس لجاره ان يمنعه** ، ولو فعل ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن ؛ لانه لا صنع منه في ملك الغير » اه . أي ليس متعديا ومجاوزاً حدود حقه .

وجاء في فتاوى قاضي خان[4] أن أبا حنيفة يقول : « **من تصرف في ملكه لا يمنع عنه وان كان يتضرر به جاره** » .

وحكي أن رجلاً شكا الى أبي حنيفة من بئر حفرها جاره في داره ، فخشي منها الشاكي على جداره ؛ فقال له ابو حنيفة : إحفر في دارك بجوار تلك البئر بالوعة ، ففعل ، فنزّت البئرُ فكبسها صاحبها .

---

(١) ابو حنيفة ص ٤١٠ للاستاذ الشيخ أبي زهرة .

(٢) البدائع ج ٦ ص ٢٦٣ – ٢٦٤ المبسوط للسرخسي ج ١٥ ص ٢١ .

(٣) جـاء في القاموس المحيط في مادة (د س) ان الديماس (بالفتح) ويكسر الكنّ والسرب والحمام (بالتشديد) ج دياميس ودماميس واندمس ... دخل فيه .

(٤) فتاوى قاضيخان (بهامش الهندية) ج ٢ ص ٢٥٦ .

وهكذا لم يُفتِ الامام ابو حنيفة الشاكي بأن له أن يجبر جاره على كبس بئره **قضاءً** ؛ بل هداه الى هذه الحيلة ، إطلاقاً ليد كل منهما في التصرف بملكه.

واذا لم يقيد الامام ابو حنيفة حق الملكية **قضاءً** ، فذلك ؛ لأنه يرى **أن معنى الملك هو حرية التصرف** ، فتقييد هذه الحرية نقضٌ لاصل **الملكية**

وأيضاً ؛ لأنه لايرى أن يدفع الضرر عن غير المالك بضرر المالك ،وضرره بالمنع أشد ؛ **لأن حرية تصرفه في ملكه تستند الى حق ، وهو لم يمنح هذا الحق الا لمصلحة راجحة ، فتقييد حريته يلحق به ضرراً أشد دون وجه حق .**

حق الملكية مقيد ديانة عند الامام ابي حنيفة :

رأينا أن الامام ابا حنيفة يطلق **حرية التصرف في الملك إطلاقاً تاماً** ، ولا يجعل للقضاء حقاً في **التدخل** لتقييده ؛ لدفع الضرر عن غير المالك، شريطة **أن** يكون للغير حق عيني متعلق به .

غير أنه يترك التقييد للوازع الديني ؛ فالديانة توجب على المالك ألا يتخذ من حق الملكية ذريعةً الى الاضرار بغيره ، فالمالك إذن ممنوعٌ بحكم **الديانة لا القضاء .**

ويمكن القول ، بأن الامام ابا حنيفة ــ رحمه الله ــ اذا اطلق من حرية التصرف في الملك ــ عملاً بموجب القياس ــ لان الاصل أن حق الملكية يخول صاحبه سلطة التصرف كما يشاء ، مادام في حدود ملكه الموضوعية ، وترك تقييده لحكم الديانة ــ فذلك اعتماداً منه على قوة الوازع الديني ، وهيمنة سلطان العقيدة ، ولا نرى مما يخالف اصل هذا النظر ، تقييد الحق قضاءً اذا ضعف هذا الوازع بتغير الزمن ، إذا اقتضت **المصلحة** ذلك ، والمصلحة مقصود الشرع ؛ ولذا رأينا المتأخرين من فقهاء الحنفية ، يمنعون المالك من التصرف في ملكه اذا كان يضرّ بجاره ضرراً فاحشاً ؛ لحديث « لاضرر ولا ضرار » ولضعف سيطرة

الدين على النفوس ، فحقت عليهم كلمة القضاء ؛ لحملهم على منع الاضرار ..

ويعبر صاحب تبيين الحقائق عن وجهة النظر هذه بقوله : « ولو أراد بناء تنور في داره للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين ، أو رحا للطحن ،أومدقات للقصارين ، **لم يجز** ؛ لأن ذلك يضر بالجيران ضرراً ظاهراً لايمكن التحرزعنه ، **والقياس أنه يجوز** ؛ لانه تصرف في ملكه ، **وترك ذلك استحسانا لاجل المصلحة**[1] » .

رأي الامام مالك واحمد في مدى استعمال حق الملكية بالاستناد الى حديث « لاضرر ولا ضرار » .

إتخذ الامامان مالك واحمد حديث « لاضرر ولا ضرار » أصلاً في تقييد الحقوق كافة ، ولا سيما حق الملكية .

وقد فصّل اصوليو[2] الحنابلة والمالكية[3] وفقهاؤهم ، وجوه الضرر التي تنشأ عن استعمال الحق ، ووضعوا لها الحلول بالاستناد الى حديث « لاضررولا ضرار » الى جانب الاحكام الجزئية التفصيلية التي تعتبر تطبيقاً لحديث « لاضرر ولا ضرار » .

فبعد أن يقرر ابن رجب ،أن المعنى المراد من الحديث« **هو نفي مشروعية الحاق الضرر بغير حق**[4] » يُدرج تحت هذا المعنى نوعين رئيسيين من وجوه الضرر :

« **الاول: تمحض قصد الاضرار ، بأن لم يكن للفرد من غرض في استعمال**

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - للزيلعي حـ ٤ ص ١٩٦ .

(٢) جامع العلوم والحكم ، لابن رجب ص ٢٦٧ .

(٣) الموافقات ، حـ ٢ ص ٣٤٨ ومابعدها .

(٤) جامع العلوم والحكم ، ص ٢٦٧ .

حقه سوى الاضرار بغيره[1] » .

ويؤيد حكم هذا الحديث بايراد آيات من القرآن الكريم من النهي عن المضارة في الحقوق[2] ، ويؤيد العلامة الامام الشاطبي في موافقاته **هذا الاتجاه**، فيستشهد بحديث « لاضرر ولا ضرار » **على منع القصد الى الاضرار أبان استعمال الحق**، فيقول : « لا إشكال في منع القصد الى الاضرار من حيث هو اضرار ؛ لثبوت الدليل على أن « **لاضرر ولا ضرار في الاسلام** » ومشيراً الى اساس الحق بقوله : « جلب المصلحة أو درء المفسدة ، اذا كان مأذونا فيه على ضربين[3] ... الخ » .

« **الثاني** : أن يكون له غرض آخر صحيح ، مثل أن يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له ، فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره[4] » .

والتصرف في هذه الصورة على نوعين :

الاول : التصرف في الملك على غير الوجه المعتاد :

فاذا تعدى ذلك الى ضرر غيره ضمن **ضمان المتعدي** .

الثاني : التصرف في الملك **على الوجه المعتاد** .

وللعلماء فيه قولان مشهوران :

احدهما : لايمنع من ذلك ـ وهو قول الشافعي وأبي حنيفة .

الثاني : المنع ، وهو قولُ أحمد ، ووافقه مالك فى بعض الصور[5]

فمن ذلك : أن يحفر بئراً بالقرب من بئر جاره ، فيذهب ماؤها ، فإنها تطم في ظاهر مذهب **مالك واحمد** .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) كالآيات التي وردت في النهي عن المضارة في حق الرجعة وحق الإيصاء.. الخ جامع العلوم والحكم ص ٢٦٨ وما بعدها .

(٣) الموافقات ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها .

(٤) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ وما بعدها .

(٥) المرجع السابق ص ٢٦٩ .

ومن ذلك : أن يفتح **كوة** في بنائه العالي مشرفة على جاره ، أو يبني بناءً عالياً يشرف على جاره ولا يستره ، فانه يلزمه بستره ، نص عليه **أحمد** ، ووافقه طائفة من أصحاب الشافعي[1] .

وكذلك القول في **إطالة البناء ومنع الشمس والقمر** .

ومن ذلك : ان يكون له ملك في أرض غيره ، ويتضرر صاحب الارض بدخوله الى ارضه ، فانه يجبر على إزالته ؛ لينقطع به ضرر الدخول ، **عملاً** بقضاء رسول الله ﷺ في قضية سمرة بن جندب مع الانصاري[2] .

وفي رواية عن احمد « كل ما كان على هذه الجهة وفيه ضرر ، يمنع من ذلك ، فان أجاب وإلا أجبره السلطان[3] » .

ومما أوردنا من مسائل حكم فيها الامام أحمد بمقتضى حديث «لاضرر ولاضرار» يتبين لنا مدى صحة قول بعض الكاتبين[4] أن الإمام أحمد يقول بنظرية الحق المطلق !! وكيف لايقول بتقييد الحق وهو الذي اتخذ من قضاء رسول الله ﷺ على سمرة - كما رأيت - **اصلا** يقاس عليه **كل تصرف في حق الملكية**، إذا تحقق فيه المعنى الذي استدعى حكم التقييد ، وهو الاضرار بغيره على النحو الذي أصاب الانصاري ،ويجبر على **الازالة بحكم السلطان** ، حيث قال : « **كل ما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلك** ، فان اجاب **والا أجبره السلطان**[5] » .

وأيضاً ، فان الإمام أحمد إذ يُروى عنه هـذا الاصل ، نرى تطبيقه له في كثير من المسائل التي قيد فيها حق الملكية بمنع الضرر ، فقد قال اصحابه تخريجاً على مذهبه : ان قوماً اذا اضطروا الى السكنى في بيت انسان ، لايجدون سواه

---

(١) المرجع السابق ص ٢٦٩ .

(٢) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٣١٠ .

(٣) جامع العلوم والحكم ، لابن رجب ص ٢٧٠ .

(٤) النظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور صبحي المحمصاني ص ٣٩ .

(٥) جامع العلوم والحكم ص ٢٧٠ .

أو النزول في خان مملوك ، أو استعارة ثياب يستدفئون بها ، أو رحى للطحن ، أو دلو لنزع الماء ، أو قدر ، او فأس ، او غير ذلك ، **وجب على صاحبه بذله بلا نزاع** ؛ لكن هل له ان يأخذ عليه اجرا ، فيه قولان للعلماء ، وهما وجهان لأصحاب احمد[1].

ويقول ابن تيمية : **والصحيح أنه يجب بذل ذلك مجانا** [2] كما دل عليه الكتاب والسنة ، قال تعالى : « فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم **ساهون** ، الذين هم يراؤون ويمنعون الماعون[3] ... الخ » « ومن جوّز أخذ الأجرة حرم عليه أن يطلب زيادة على اجرة المثل ، فكل هذا تقييد لحق الملكية الى مدى لم نعهده في الشرائع ، حتى يومنا هذا .

وأيضاً ، قد تقدم أن المالك اذا فتح كوة في بنائه المشرف على الجار ولا يستره – نصّ عليه الامام أحمد . وهذا تصرف معتاد في حق الملكية ؛ ولكنه يقيده – كما ترى – على نحو لا يضر بالجار .

هذا وسيأتي أن الامام أحمد **يوجب** على المالك أن يخلي سبيل الجار للارتفاق بملكه ، لا بالامتناع عن الاضرار به فحسب .

وأيضاً ، فان الامام احمد يأخذ بمبدأ[4] « **سدّ الذرائع** » وهو أصل هام في تقييد الحق من حيث **الباعث والمآل** ، فكيف يتفق هـذا مع القول باطلاق **الحقوق** ؟ ! .

---

(١) الطرق الحكمية ص ٣٠٥ .
(٢) المرجع السابق .
(٣) سورة الماعون .
(٤) الجامع لاحكام القرآن جـ ٢ ص ٥١ وما بعدها – ابن تيمية ص ٥٠٠ ، للشيخ أبي زهرة .

الثالث : منع الجار[1] من الانتفاع بملك جاره والارتفاق به :

مذهب الامام احمد **أنه لا يجوز المنع** اذا لم يلحق بالمالك مضرة ، كما في طرح الخشب على جدار الجار ، ووافقه الامام الشافعي في القديم ؛ عملاً بما ورد في الصحيحين ، من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يمنعن أحدكم جاره أن يغرز خشبه على جداره » .

ومن ذلك أيضاً **الاجبار** على إجراء الماء في أرض جاره عند الحاجة ، روايتان عن أحمد ، والإجبار قول عمر بن الخطاب[2] رضي الله عنه .

رأي الامام مالك في الارتفاق بملك غيره :

قررنا أن الامام مالك يقيد الحق بمنع الاضرار ، عملاً بحديث « لا ضرر ولا ضرار » فقد ورد في **المدونة** ، أن المالك يمنع من أن يحفر بئراً تضرّ ببئر جاره ، سواء أكان الحفر في وسط ملكه ، أم في غير وسطه[3] ، وجاء فيها ايضاً : أنه إذا فتح أحد ابواباً وكُوىً في بنائه يُشرف منها على دار الجار وعياله ، فانه يمنع من ذلك[4] . فقد جاء في المدونة ما نصه : « قلت : أرأيت لو أن رجلاً حفر بئراً بعيدة عن بئر جاره ، وكان أحياها قبل ذلك ؛ فانقطع ماء البئر الاولى ، وعلم أنه إنما انقطع من حفر هذه البئر الثانية ، أ يقضى له على هذا بردم البئر الثانية أم لا في قول مالك ؟ قال مالك : للرجل أن يمنع ، فله أن يقوم على

---

(١) جامع العلوم والحكم ص ٢٧٠ وما بعدها .

(٢) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٦٠ .

(٣) الطرق الحكمية ص ٣٦٠ .

(٤) المرجع السابق .

هذا ، فيردم البئر التي حفرها»[1] .

وجاء فيها ايضاً « قلت : أرأيت الآبار التي تكون في الدور ، أيكون لي أن أمنع جاري من أن يحفر في داره بئراً تضرّ ببئري التي في داري ام لا ؟قال سمعت مالكا يقول في الرجل تكون له في داره بئر الى جنب جداره ، فحفر جاره في داره بئراً الى جنب جداره من خلفه، قال : **إن كان ذلك مضرّاً ببئر جاره منع من ذلك**»[2] .

« قلت: وكذلك لو أحدث كنيفاً يضرّ ذلك ببئري منع من ذلك في قول مالك؟ قال: نعم! قلت: وكذلك لو كانت بئري في وسط داري،فحفر جاري في وسط داره بئراً يضرّ ببئري، منع من ذلك؟ قال: **نعم! ووسط الدار وغير وسطها سواء ، يمنع جاره من ان يحدث في داره بئراً يضر ببئر جاره عند مالك** » .

« قلت : فلو أن رجلاً بنى قصراً الى جانب داري رفعها عليّ ، وفتح فيها ابواباً وكوىً يشرف منها على عيالي ، أو على داري ، أيكون لي أن أمنعه من ذلك في قول مالك ؟ قال : **نعم ! يمنع من ذلك**[3] » .

غير أنه روي عن مالك ، أنه لا يجيز للجار أن يرتفق بملك جاره اذا احتاج الى ذلك .

ولكن ـ عند التحقيق ـ يتبدى لنا أن ليس ثمة تناقض في مذهبه ، فتقييد الحق بمنع الاضرار هو الاصل كما رأينا، وأما فيما يتعلق بارتفاق الجاربملك جاره، فقد جاء في المدوّنة مانصّه : «قلت: أرأيت لو أن لي أرضاً،وإلى جانب أرضي أرضٌ لجاري ، وعين لي خلف ارض جاري ، وليس لي ممرّ الا في ارض جاري ،فمنعني من الممر الى العين ؟ قال: سمعت مالكا يقول: وسئل رجل له ارض، وحواليه

---

(١) المدوّنة جـ ١٥ ص ١٩٧ .

(٢) المرجع السابق ص ١٩٦ .

(٣) المرجع السابق .

زرع للنـاس في أرضهم ؛ فأراد صاحب تلك الارض أن يمر بماشيته إلى ارضه في زرع القوم . قال **إن كان ذلك يفسد زرعهم فلهم أن يمنعوه** » .

وهذا واضح ، فالمفهوم المخالف لهذا القيد : أنه اذا كان لايفسد الزرع ، فليس لهم أن يمنعوه ، وبذلك يكون للجار أن يرتفق بأرض جاره اذا لم يلحق صاحب الأرض مضرة ؛ وعلى هذا يتسق القول في مذهب مالك بتقييد الحق[1] .

أما فيما يتعلق بالرجل يسوق عينه إلى ارضه في ارض رجل[2]؛فقد ورد في المدونة ما يلي :

« قلت : أرأيت لو أن رجلاً له مـاء وراء ارضي ، وأرضه دون أرضي ، فأراد ان يُجري ماءه الى أرضه في أرضي، فمنعته ؟.. قال : قال مالك : **ذلك لك . قال مالك : وليس العمل على حديث عمر بن الخطاب في هذا** » .

«وقال بالمنع كذلك فيما اذا اراد أن يحوّل مجرى مائه في أرض غيره الى جهة أخرى أقرب[3] » .

هذا ماورد في المدونة ، غير أنا إذا رجعنا الى تعليل الامام مالك رحمه الله لوجهة نظره في هذه المسألة الاخيرة،رأينا أن حكم المنع هذا **مبناه تغير الزمن** ، وفساد الذمم ؛ لأنه كان يخشى ـ إنْ هو أجاز ـ ان يدعى المرتفق ملكية الرقبة التي يجري فيها عينه ، وبدهي أن هذا **حكم زمني** ، فلا تناقض بين ماذهب اليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وما ذهب اليه الامام مالك ؛ لتغير الزمن ، فاذا ضبطت المعاملات ، وانتفت العلة بتبدل الزمن ، عاد التقييد .

وعلى هـــذا ، فالاصل عند الامام مالك ، تقييد الحق ،الا اذا عرض من تبدل وجه المصلحة كما رأينا .

---

(١) المدونة جـ ١٥ ص ١٩٤ .
(٢) المدونة جـ ١٥ ص ١٩٢ .
(٣) المرجع السابق .

على أنه قد روى زياد بن عبد الرحمن عن مالك مايؤيد هذا الذي ذهبنا اليه؛ إذ يقول: «إن لم يضرّ ذلك به فليُقضَ عليه بذلك»[1].

وجاء في المنتقى على الموطأ تعليل الامام مالك بالمنع كما يأتي: «ولكن فسد الناس، واستحقوا التهم؛ فأخاف أن يطول الزمان، وينسى ما كان عليه جرى هذا الماء، وقد يدعي جارك عليك به دعوى في أرضك[2] ...الخ».

وهكذا نرى، أن الخلاف مبناه اختلاف الزمان، لا الحجة والبرهان.

والواقع أن الامام مالك - في تعليله - قد نظر الى المآل، أي الى مآل العمل بحكم إجبار المالك على السماح لجاره بالارتفاق بملكه، وما يلزم عن ذلك من مفسدة الادعاء الباطل بملكية رقبة الارض المرتفق بها، وهي مفسدة راجحة، فمنع، وهذا هو المسلك الاجتهادي الذي يلزم المجتهد اتباعه[3] درءاً **لاعتساف** المصلحة في التشريع، والانحراف عنها.

ثم هو لم يهمل العمل بحديث «**لا ضرر ولا ضرار**» بل لا يزال يعمله ويطبقه؛ اذ الحديث لا يقضي بمشروعية ايقاع اضرار راجحة بالمالك؛ بل ينفيها، فكان الحكم بالمنع في هذا الظرف الذي أشار اليه مالك من مقتضى العمل بالحديث.

---

(١) المنتقى على الموطأ ج ٦ ص ٤٧.

(٢) المنتقى على الموطأ ج ٦ ص ٤٦.

(٣) وهو الاصل الذي اقام العلامة الشاطبي الادلة على انه معتبر مقصود شرعا، وأنه يلزم المجتهد العمل به توقيا من التعسف في الاجتهاد التشريعي؛ ذلك الاصل هو النظر في نتائج الافعال ومآلاتها، أي الافعال التي لها مآلان متعارضان، وتكييف الافعال على ضوئها؛ جرياً على سنة الله في التشريع، من اعتبار المسببات في الاسباب، والمسببات هي مآلات الاسباب ونتائجها، الموافقات ج ٤ ص ١٩٨ وما بعدها.

يخالف ابن حزم رأي الامام مالك في تقييد حق الملكية بما يمنع الضرر عن الغير ، فقد جاء في المحلّى « ولكل أحد أن يفتح ما شاء في حائطه من كُوّة ، أو باب ،أو أن يهدمه إن شاء في دار جاره ،أو في درب غير نافذ أو نافذ،ويقال لجـــاره : إن في حقك – ملكك – ما تستتر به على نفسك ، إلا أنه يمنع من الاطلاع فقط .. وقال مالك : « يمنع من كل ذلك »[1] .

ويقول ابن حزم[2] : « وهذا خطأ ، لأن كلّ ذي حق أولى بحقه » ثم ينفي صحة خبر « لا ضرر ولا ضرار » فيقول : فان احتجوا بالخبر « لا ضرر ولا ضرار » فهذا خبرٌ لا يصح ؛ لأنه إنما جاء مرسَلًا ، أو من طريق فيها زهير بن ثابت ، وهو ضعيف ، **إلا أن معناه صحيح ، ولا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره »** .

ورأى ابن حزم في هذا أقرب الى رأي أبي حنيفة والشافعي .

إلا ان الذي يؤخذ على ابن حزم تضعيفه الحديث ، في حين أنه ورد من طرق متعددة يقوّي بعضها بعضاً .

وأيضاً ، قد أقر بصحة معناه ، فما عمدته في تصحيح معناه ؟ إن كانت الأدلة من الكتاب والسنة التي سقناها في صدر هذا البحث ، فلماذا لم يعمل بمقتضى تلك الادلة ؟ وهي أدلّة من القوة – لورودها في الكتاب والسنة – بحيث تنهض بمجموعها دليلًا قاطعاً على تقييد الحق .

وعندي ، أن ابن حزم يعمل هذا الحديث في معناه ، ويختلف مع الامام مالك وأحمد في التطبيق ، فيرى أن ضرر المالك في تقييده في التصرف بحقه **اشد** ،

---

(١) المحلى ج ٨ ص ٢٤١ . المسألة ١٣٥٥ .

(٢) المرجع السابق .

فلا يصار اليه لدفع ضرر أخف؛ **لأنه خلاف المقرر، وخلاف مقتضى الحديث.**

هـذا ومن المعروف أن الظاهرية لا يقولون بتعليل النصوص حتى يجروا القياس فيما ورد فيه النص بتقييد حق المالك، ولا سيما في حق الجار في الارتفاق بملك جاره؛ فهم لا يجيزون للجار أن ينتفع بملك جاره إلا حيث جاء النص، كما في غرز الجار خشبَهُ في حائط جاره الذي جاء به الحديث.

رأي الجعفرية في تقييد حق المالك في ضوء حديث «لا ضرر ولا ضرار»

يذهب بعض الجعفرية الى أن حديث: «لا ضرر ولا ضرار» لا يقضي على عموم السلطنة - أي على سلطة المالك في تصرفه في ملكه - إلا في حالة واحدة: **وهي ما اذا قصد الاضرار** دون نفع يعود عليه. أما اذا كان له غرض صحيح من استعمال ملكه؛ فانه لا يُمنع، ولو ترتب على تصرفه ضررٌ بالجار أهم؛ لأنه لا يجب **تحمل الضرر؛ لدفع الضرر عن الجار**[1].

أما في حالة ما اذا كان **لا يتضرر ولا ينتفع**، فيظهر منهم عدم جواز التصرف، سواء قصد بتصرفه الاضرار أم لا؛ لأن المفروض عدم ورود ضرر عليه، ولا يلزم من تصرفه جلب نفع، حتى يكون تركه موقعاً في الحرج، فليس هنا الا عموم السلطنة، وهو محكوم بقاعدة: «لا ضرر ولا ضرار».

ويقولون: «**ان سلطنة المالك لا ترتفع بضرر الجار**، إلا اذا لم يكن عدم تسلطه موجباً لتضرره، كما اذا لم يكن حفر البئر في داره موجباً لتضرره؛ بل يحفره تشهياً»[2].

وخلاصة هذا الرأي: أن المالك اذا تصرف في ملكه لمحض الاضرار بالغير

---

(١) منية الطالب في حاشية المكاسب. (في الفقه الجعفري). طبع ايران ص ٢٢٤.

(٢) المرجع السابق.

فانه يمنع ، ولا شك أن التصرف العابث – دون جلب نفع او دفع ضرر – مظنة هذا القصد .

ومؤدّى ذلك أن التصرف يجب أن يكون لغرض مشروع ، أو لمصلحة تستجلب ، وحق الملكية انما تقرر لغرض ، فاستعماله في العبث تعسف ؛ لانه استعمال للحق في غير ما شرع له ، واذا كان هذا الاستعمال التعسفي محكوماً بقاعدة لا ضرر نتج عن هذا أمران :

الأول : ان الجعفرية يقيدون حق المالك بقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » على الجملة .

الثاني : انهم يأخذون بنظرية التعسف في معيارها الذاتي في تمحض القصد الى الاضرار ، او قيام مظنته في التصرف العابث الذي يؤدي الى الاضرار بالغير .

* * *

الدليل الثاني :

عن ابن عمر قال : « نهى النبي - ﷺ - أن يبيع حاضرٌ لباد . رواه البخاريُّ والنسائيُّ » .

وعن ابن عباس قال : « قال رسول الله - ﷺ - : لا تَلَقَّوا الركبان، ولا يبيع حاضرٌ لباد . فقيل لابن عباس : ماقوله لا يبيع حاضر لباد ؟ قال. لا يكون له سمساراً[1] » .

- وعن انس بن مالك : ان النبي ﷺ قال : « لا يبيع حاضر لباد وان كان أخاه أو أباه »[2] .

يحتمل هذا الحديث معنيين :

أحدهما : ان الحاضر[3] لايدع البادي[4] يبيع حسب معرفته ؛ بل ينصحه ان يتولى عنه البيع ؛ ليبيع له بثمن أعلى .

الثاني : ان يبيع الواحد من اهل البلد الآتين اليها من غير اهلها مايحتاج اليه هؤلاء الاهلون ، وذلك ؛طمعاً في زيادة الثمن والربح غير المعتدل[5]، **والعلة في** النهي - على كلا المعنيين - واضحة ، وهي ان في هذا العمل اضراراً بأهل البلد .

وهذا الحكم وان كان يلزم عنه غبن البادي - وهي مفسدة - غير انها مرجوحة بالنسبة لمصلحة اهل البلد ، والرفق بالجماعة ؛ اذ يشترون مايحتاجون اليه بثمن

---

(١) اخرجه البخاري ومسلم والنسائي وابن ماجه .

(٢) سنن ابي داود جـ ٠ ص ٣٦٧ .

(٣) الواحد من اهل البلد .

(٤) القادم الى البلد من غير اهله سواء أكان من البادية ام من القرية ام من بلد آخر النووي جـ ٤ ص ٨ .

(٥) النووي جـ ٤ ص ٨ - راجع مصادر الحق جـ ٢ ص ٩٠ - ٩٢ للدكتور السنهوري .

رخيص ومعقول، في حين ان مصلحة الفرد لم تهدر؛ اذ كل ما افاده الحديث ان تسير الامور في البيع سيراً تلقائياً، يترك فيه البادي يبيع بنفسه، والنهي هنا فيه نظر الى منفعة الجماعة دون منفعة الفرد، وهذه ميزة الفقه الاسلامي في تقديم المصلحة العامة على الخاصة؛ بل تقديم كل مصلحة راجحة، دون التفات الى مايلزم عنها من مفسدة مرجوحة، وتلك نظرة موضوعية مادية توازن بين المصالح والمفاسد، ولا يلتفت فيها الى الناحية النفسية من قصد الاضرار.

هذا، وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا البيع، فمنهم من أجازه مطلقاً، مثل ابي حنيفة وعطاء ومجاهد وعطاء[1]، وذلك بحمل النهي على كراهة التزيه لا التحريم، او اعتماداً على حديث: « الدين النصيحة » لانهم رأوا ان نهي الحاضر عن ان ينصح البادي ويعرفه بالسعر مناقض لقوله ﷺ: « الدين النصيحة[2] » على ان بعض الحنفية حمل النهي على الكراهة التحريمية[3].

ويذهب الشافعي الى انه اذا وقع فقد تم وجاز، ويقول في الام: « ان بيع الحاضر للبادي جائز غير مردود، والحاضر منهي عنه »[4].

ولا خلاف عند الفقهاء جميعاً في ان الحاضر آثم ديانة.

يقول صاحب الفتح: لا نعلم خلافاً في الاثم.

« وفي رواية عن أحمد انه صحيح؛ اذ سئل عن بيع حاضر لباد، فقال: لابأس به، فقيل له: فالخبر الذي جاء بالنهي؟ قال: كان ذلك مرة، فظاهر هذا صحة البيع، وان النهي اختص بأول الاسلام، لما كان عليهم من الضيق في ذلك، وهو قول مجاهد وابي حنيفة واصحابه »[5].

وذهب آخرون الى انه باطل، كالحنابلة والمالكية.

---

(١) النووي ج ٤ ص ٨. المغنى ج ٤ ص ٢١٥.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٣٨.

(٣) فتح القدير ج ٦ ص ١٠٦.

(٤) المغنى ج ٤ ص ٢١٥ والموافقات ج ٣ ص ٢٥٩ - ٢٦٠.

(٥) المغنى ج ٤ ص ٢١٥.

جاء في المغني : « فان باع حاضر لباد فالبيع باطل »[1] .

ويقول ابن القيم : ولكن نهى النبي ﷺ ان يبيع حاضر لباد ، اي يكون له سمساراً ، وقال : « دعوا الناس يرزق بعضهم بعضاً » فنهى الحاضر العالم بالسعر ان يتوكل للبادي الجالب للسلعة ؛ لانه اذا توكل له ـ مع خبرته بحاجة الناس ـ أغلى الثمن على المشتري ، فنهاه عن التوكل له ، **مع ان جنس الوكالة مباح** ، لما في ذلك من زيادة السعر على الناس [2] » .

وظاهر من كلام ابن القيم ان المباح يتقيد بمنع الضرر عن العامة؛ فمنع الشارع ممارسة المباح اذا لزم عنه مفسدة راجحة .

والواقع ان هذا تطبيق لمبدأ سد الذرائع الذي ينظر الى مآلات **الافعال** فيعتبرها ، ويتكيف الفعل بالمشروعية او عدمها حسب ما يفضي اليه استعمال الفعل من مآل ونتيجة .

وفي مسألتنا هذه، ان جنس الوكالة ـ وان كان مباحاً ـ غير أنه لايجب اطلاق القول بالمشروعية ، بالنظر الى ما يفضي اليه ذلك من ضرر بالعامة ، يقول الامام الشاطبي: « النظر في مآلات الافعال معتبر مقصود شرعاً» وهذا اصل عظيم يؤصله الامام الشاطبي؛ ليدرأ التعسف في الاجتهاد، حتى لاتتناقض الاحكام في الجزئيات مع الاصل العام الذي قامت عليه الشريعة، من جلب المصالح ودرء المفاسد، وان درء المفاسد مقدم على جلب المصالح .

وتطبيقاً لهذا الاصل يتضح **ان اطلاق القول بالاباحة في التوكيل للحاضر** يؤدي الى الاضرار باهل البلد، وهذا هو القياس الفاسد الذي اشار اليه ابن القيم حيث يقول :

« وصاحب القياس الفاسد يقول: فله ان يتوكل للبائع الحاضر وغير الحاضر؛ ولكن الشارع راعى المصلحة العامة »[3] .

---

(١) الطرق الحكمية ص ٣٠٨ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق ، وراجع ايضاً ص ٢٨٤ من نفس المرجع .

على أن هذا الاصل لا يقتصر تطبيقه على المباح ؛ بل يشمل الواجب ايضاً ، وبيان ذلك :

ان الحنفية تمسكوا باجازة هذا البيع مطلقاً بحديث « الدين النصيحة » ولا شك ان تقديم النصيحة الى المسلم امر واجب ، والنصيحة هنا تعريف البادي بسعر الوقت الذي يجهله ، وتبصيره به دفعاً للضرر عنه من الغبن ، وهو امر مطلوب كما قدمنا ، غير ان هذا يترك ايضاً - كما يقول الامام الشاطبي - بالنظر الى ما يؤول اليه العمل به من مفسدة مساوية او راجحة ، فمنع بيع الحاضر للبادي في الاصل منع من النصيحة[1] الا ان فيه ارفاقاً لاهل الحضر ، وهو من باب **الحكم على الخاصة لأجل العامة** .

ويقول الشيخ دراز شارحاً هذا المعنى : ومحل اعتبار النهي مالم يكن فيه معارضة مصلحة الخاصة مع مصلحة العامة ، **فتقدم المصلحة العامة** ، وذلك كتلقي الركبان ؛ فانه ضروري او حاجي لكسب الشخص لعياله ، واهمال هذا الكسب وتركه **منهي عنه** ؛ ولكنه يؤدي الى مصلحة العامة ، حيث يشترون حاجاتهم بدون تعنت الوسيط الذي يرفع الأثمان ، فهو منهي عنه يؤدي الى مطلوب هو ارفاق العامة ، **فقدمت مصلحة العامة** ، مثله بيع الحاضر للبادي ، هو من الضروري او الحاجي ، **وهو نصح مطلوب** ، **وتركه منهي عنه** ؛ لكن هذا الترك فيه **تعاون ورفق** باهل الحضر ؛ لان البدوي يبيع لهم حسبما يفهم هو في الاسعار ؛ ولكن الحاضر اذا باع له يقف على الاسعار الجارية في الحضر ، وفيه تضييق عليهم ؛ **فالغى النهي عن ترك النصح** ؛ **وروعي المطلوب وهو التعاون** ؛ رفقاً بالحضر ؛ وتقديماً للمصلحة العامة[2] . واذا كان هذا النهي لتحقيق حكمة مقصودة للشارع ، فيجب تحريمها ، ولذلك وضع صاحب كشاف القناع شروطاً لابطال هذا البيع ، كي لا يعتسف هذا الابطال الحكمة المقصودة منه ؛ اذ يقول :

---

(١) الموافقات جـ ٣ ص ٢٦٠ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٥٨ و ٢٥٩ . في الهامش .

(وكذا بيع حاضر لباد ؛ بأن يكون سمساراً له ـ ولو رضي الناس فيحرم ولا يصح؛ لبقاء النهي عنه ، لقول أنس: نهينا ان يبيع حاضر لباد ، ولو كان لابيه وامه[1] » ويشترط شروطاً خمسة :

اولاً : ان يحضر البادي[2] لبيع سلعته لا لخزنها او أكلها ، لأن في هذا توسعة لاتضيقا .

ثانياً : ان يريد بيعها بسعر يومها؛ لانه اذا قصد ان لايبيعها رخيصة، كان المنع من جهته ,لامن جهة الحاضر .

ثالثاً : ان يكون جاهلا بالسعر .

رابعاً : ان يقصده حاضر **عالم بالسعر** .

خامساً : ان يكون بالناس **اليها حاجة** ؛ لانهم اذا لم يكونوا محتاجين لم يوجد المعنى الذي نهى **الشارع لأجله**[3] .

وفي هذه الشروط اشارة من صاحب الكشاف الى وجوب استعمال الحق فيما شرع له ، فلو لم يكن بالناس حاجة مثلًا لكان ابطال البيع تعسفاً ؛ **لانه** استعمل في غير الغرض الذي شرع لاجله ، وكذلك اذا لم يتحقق اي شرط من الشروط السابقة ، فالنهي على **هذا مشروط لامطلق** . تحريا للمصلحة .

على ان المعن في حكمة هذا الخبر يرى انه تحريم **لضرب من الاحتكار** .

والخلاصة : ان البيع بوجه عام ـ وكالة او اصالة ـ ممارسة لحرية التجارة ، **وهي** من الاباحات، وقد اذن فيه الفرد ؛ لما يتعلق به من مصلحة خاصة حاجية ، هي ارفاق اهله واولاده بما يرفع عنهم الضيق والعسر ، وقد تتعلق به مصلحة ضرورية ، كما

---

(١) متفق عليه .

(٢) قدمنا انه اعم من ان يكون بدويا او قرويا او حضريا من أهل بلدة أخرى ؛ لان علة النهي تتحقق في كل قادم من هؤلاء ، وهي التضييق على اهل البلد .

(٣) كشاف القناع جـ ٣ ص ١٤٨ .

اذا توقفت حياته وحياة اسرته على هذا السعي ، وايا ما كان فقد قيد الرسول ﷺ هذه الاباحة بما يمنع الضرر عن العامة ؛ لان مصلحتهم مقدمة .

وواضح ان الترجيح هنا اساسه **الموازنة** بين النفع الشخصي وما يلزم عنه من مفسدة،حتى إذا لزم عن المصلحة الخاصة ضرر عام،رجحت كفه الضرر؛ **فمنع** الفعل المشروع في الاصل ، **وهذا هو ماتقضي به نظرية التعسف** .

هذا ، ولا ينظر في هذه الموازنة الى القصد ؛ بل تقوم الموازنة على امور واقعية مادية موضوعية ، وهذا هو الحكم في كل حالة يقضي الشرع فيها بتقديم المصلحة العامة ، كما هو الحكم في كل مصلحة خاصة مشروعة اذا لزم عنهامفسدة مساوية او راجحة تلحق بالافراد ، اي ان المفاسد الراجحة اللازمة عن الافعال المشروعة في الاصل يمنع مايؤدي اليها؛ ولو كان في الاصل مشروعا ،دون نظر الى النية او القصد،والنظر موضوعي مادي بحت كما ترى، او بعبارة اخرى،يمنع التسبب في ذلك ولو كان **القصد شرعيا** ، بان كان ينوي جلب الرزق لاهله وعياله ، وهو امر مطلوب شرعا ، وبالبداهة لايخالف هذا التسبب الحكمة التي من اجلها شرع هذا الحق ، وهو ارفاق اهله ؛ ولكن هذه الحكمة تظل مشروعة اذا لم تتناقض مع المبادىء العامة للتنظيم التشريعي الاسلامي ،حتى اذا تناقضت، بان تعارضت المصلحة الخاصة مع العامة مآلا ، تكيف الفعل بهذا المآل غير المشروع ؛ سداً للذريعة ، **وهذا هو جوهر فكرة التعسف ودورها كما بينا.**

ومما تقدم يتضح ماقررناه سابقاً ،من ان ممارسة الفعل المشروع في الاصل قد تكون على الوجه **المعتاد** شرعا في ذاتها ، والباعث على التصرف ـ في حد ذاته ـ سليما ايضا ، ومع ذلك يمنع الفعل بالنظر لمناقضة نتيجته لمبادىء التشريع العامة.

وعلى هذا فلا تعلق لنظرية التعسف ، **بالمعتاد وغير المعتاد من الاستعمال** ، بل تتعلق اساساً بالباعث على الفعل ، او بالنتيجة المادية التي تترتب على ذلك الفعل المشروع في ذاته ، **او بهما معا** ، كما سيأتي تفصيله في معايير النظرية .

هذا . ولا بأس بأن نشير هنا الى مبنى الخلاف في حكم هذا المنع، حيث قال بعضهم : انه جائز مع الكراهة ، وقال آخرون انه باطل .

فاصل الخلاف، ان النهي لوصف مجاور منفك ، هل يقتضي التحريم والبطلان او الكراهة فقط ؟

فذهب الحنفية والشافعية الى ان هذا النهي لا يترتب عليه الا الكراهة فقط ، وهو رأي الجمهور، وخالف في ذلك **اهل الظاهر وبعض الحنابلة** ، وذلك كالصلاة في الارض المغصوبة، والبيع عند النداء ، وبيع حاضر لباد بالوكالة عنه ، **ونحو** ذلك ؛ لان النهي في هذه البيوع **لامر مجاور منفك** عن البيع ، **وليس جزءاً من الاتفاق او العقد** ، فكانت هذه البيوع منعقدة تترتب عليها آثارها عند الجمهور .

وذهب اهل الظاهر والمالكية وبعض الحنابلة الى فسادها ؛ للنهي عنها ؛ لانها وقعت على خلاف مايطلب الشارع ؛ فكانت بوضعها الذي وجدت عليه غير مشروعة، واذا كانت غير مشروعة لم يترتب عليها اثرها الشرعي ، وربما احتجوا بما احتج به الشافعية من قوله ﷺ : « كل عمل ليس عليه امرنا فهو ردّ » اي مردود ، والامور المنهى عنها مطلقاً سواء ا كان النهي لوصف **ملازم**، **ام لوصف مجاور** ، ليست على هذا الوضع الذي رغب فيه الشارع فيتناولها قوله « كل عمل ليس عليه امرنا فهو ردّ » واذن تكون مردودة ، والمردود باطل [1].

---

(١) راجع كتب ، الاصول في باب النهي .

الدليل الثالث :

روى أبو داود في سننه ، من حديث أبي جعفر محمد بن علي ، أنه حدّث سمرةُ بنُ جندب ، أنه كان له عذق من نخل في حائط رجل من الأنصار ، ومع الرجل أهله ، وكان سمرة يدخل الى نخله فيتأذى به ، وشق عليه ، فطلب اليه أن يناقله فأبى ، فأتى النبيَّ ﷺ ، فذكر ذلك له ، فطلب اليه النبي ﷺ ان يبيعه ، فأبى ، فطلب اليه ان يناقله فأبى ، قال : فهبه له ! ولك كذا وكذا أمراً رغبة فيه فأبى ، فقال : **أنت مضارٌ** ، وقال النبي ﷺ للأنصاري « **اذهب فاقلع نخله** »[1] .

وقد ورد هذا الخبر في روايات متعددة ، وادعى تواترها مع اختلافها لفظا وموردا[2] .

وقد أورد ابن رجب هذا الحديث يستدل به على **إجبار** المالك على **المعاوضة** ، حيث كان على شريكه ضررٌ في شركته ، وهذا نظير ايجاب الشفعة لدفع ضرر الشريك الطارىء[3] ، واورده تطبيقاً لحديث « لاضرر ولا ضرار » .

على أن الحديث ، وإن كان فيه دلالة على وجوب دفع الضرر الراجح اللازم

---

(١) سنن ابي داود – باب القضاء – الاحكام السلطانية لابي يعلى الحنبلي ص ٢٨٥ ، جامع العلوم والحكم ، لابن رجب – انظر الروايات المتعددة التي روى فيها الخبر – من ص ٢٩٦ وما بعدها .

(٢) « كفاية الاصول » (في اصول الجعفرية – محمد كاظم الخراساني ، مجلد/٢ ص ٢٦٦ – طبع ايران .

(٣) المرجع السابق – وراجع القواعد ، لابن رجب ايضاً ص ١٤٧ – ١٤٩ .

من استعمال حق الملكية (باستئصال سببه) ، غير أنه يصار أولاً الى التوفيق بين المصلحتين ما امكن التوفيق ، وذلك واضح من تقديم الرسول ﷺ الحلول المختلفة ، تارة عن طريق المعاوضة من الناحية المادية ، والترغيب في الثواب الاخروي من الناحية المعنوية تارة أخرى .

أما قضاؤه ﷺ باستئصال الملك ؛ فانما جاء كحل نهائي حاسم ؛ لدفع الضرر حيث لم تجد وسيلة أخرى ناجعة لذلك[1] .

على ان هذا القضاء من الرسول ﷺ - فيما نرى - اقتضته **السياسة الشرعية**، وهو وجوب دفع الضرر **بأي وجه كان** ؛ فقد انطوى **على جزاء** ؛ لتعسف سمرة واصراره على الاستمرار في إيقاع الأذى بالانصاري .

أما القضاء الذي تقتضيه القواعد ، فهو ماتقدم ذلك من الحلول التي ترمي الى التوفيق بين المصلحتين ، دون أن يكون ثمة افتئات مصلحة على اخرى ، حتى اذا كان ثمة ضرر يسير في هذا التوفيق وجب تحمله لدفع ضرر **أشد**، وهذا ما أصله ابن رجب الحنبلي في قواعده[2].

وبامعان النظر في الحديث يبدو أن سمرة تمسك بما يخوله حق الملكية من سلطة ، وهو مايقتضيه القياس ، من أن الناس مسلطون على املاكهم ؛ عملاً بالعمومات الواردة في هذا الشأن « لايحل مال امرىء مسلم الا بطيب من نفسه » وأن عقود المعاوضات خاضعة لمبدأ الرضائية « إلا ان تكون تجارة عن تراض منكم » وأن حق الملكية مصون ، لايجوز الاعتداء عليه بأي وجه ، « المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه » غير أن حديث « لاضرر ولا ضرار » قاض على هذه العمومات ، ومخصص لها ، لكن هذه **الحكومة** ، اي حكومة قاعدة « لاضرر ولا ضرار » على العمومات ، مشروطة هنا - فيمايتعلق

---

(١) يقول ابن رجب في قواعده : فالامر بالقلع هنا انما كان عند الاصرار على المضارة من عدم قبول مايدفع ضرر المالك » ص ١٤٧ - ١٤٩ .

(٢) القواعد ص ١٤٧ - ١٥٠ .

بحق الملكية ـ بان يكون الضرر اللازم عن التصرف فيه أشدّ ، وفي هذه الحال لايجوز التمسك بالقياس ؛ لانه مخصوص بالحديث .

ويردّ ابنُ القيم على من تمسك بالقياس، وهو حرية تصرف المالك في ملكه باطلاق ، دون نظر الى اللوازم الخارجية لهذا التصرف من الاضرار الراجحة اللاحقة بالغير؛ إذ يقول : « وصاحب القياس الفاسد يقول : لا يجب عليه أن يبيع شجرته ، ولا يتبرع بها ، ولا يجوز لصاحب الارض أن يقلعها ؛ لانه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ، وإجباره على المعاوضة عليه ، وصاحب الشرع أوجب عليه – اذا لم يتبرع بها – أن يقلعها ، لما في ذلك من مصلحة صاحب الارض بخلاصه من تأذّيه بدخول صاحب الشجرة ، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة ، وإن كان عليه في ذلك ضرر يسير ، فضرر صاحب الارض ببقائها في بستانه أعظم ؛ فان الشارع الحكيم، يدفع اعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه ، والقياس ، والمصلحة ، وإن أباه من أباه »[1] .

على أنا نلاحظ أن القضاء واردٌ في تعارض الحق الفردي مع مصلحة خاصة ، أو مع حق فردي مثله ، وأن الرسول ﷺ قد أوجب استئصال شأفة علة الضرر وهو بقاء الملك ؛ دفعاً للضرر الأشد ، أو قل دفعاً للتعسف في استعمال الحق ، وهكذا نرى ،أن درء التعسف يتخذ صورة ترجيح مصلحة على أخرى؛ عملاً بالقاعدة المقررة في الفقه الاسلامي « الضرر الاشد يزال بالاخف »[2] وهي التي أشار اليها ابن القيم في الرد على من تمسك بالقياس في صدد استعمال حق الملكية .

والواقع ، أن هذا القضاء يدل بطريق فحوى الخطاب،أوالمفهوم الموافق على

---

(١) الطرق الحكمية – لابن قيم الجوزية – ص ٣١٠ ، مجلة الاحكام العدلية مادة/٢٧ .

أن الحكم كذلك من باب أولى ، فيما اذا لزم عن استعمال الحق الفردي ضرر عام؛ لأن الضرر العام أرجح بالبداهة .

وقد أشار ابن القيم الى ذلك حيث يقول :

« والمقصود أن هذا دليل على وجوب البيع لحاجة المشتري ، وأين حاجة هذا من حاجة عموم الناس الى الطعام وغيره » ، ويشير بذلك الى حكم الاحتكار وانه المنع ، والاجبار على المعاوضة بثمن المثل ؛ رعاية للحقين » .

ويتوسع في القياس ؛ استقصاءً للمصلحة التي قصدها المشرع في هذا الحكم ، فيقيس المنافع على الاعيان في حكم الإجبار على المعاوضة ؛ لحاجة العامة ؛ دفعاً للضرر الأشد ، فيقول : « والحكم في المعاوضة على المنافع اذا احتاج الناس اليها كمنافع الدور، والطحن ، والخبز، وغير ذلك - حكم المعاوضة على الأعيان»[1].

حق الملكية الفردية وسيلة أمن وعمل :

نخلص من هذا ، الى أن الحديث دليل بيّن على أن الحق الفردي لا يُشرع استعماله – سلباً او ايجاباً – إذا لزم عنه ضرر راجح بالغير ، ولو كان لصاحبه غرضٌ صحيح في هذا التصرف ، ويمنع من ذلك ؛ فضلاً عن انه يأثم اذا قصد الاضرار

ويتخذ الامام أحمد من هـذا الحديث أصلا عاماً يقاس عليه من الوقائع ما كان في معناه ، فقد قال فيما رواه حنبل ، بعد أن ذكر له هذا الحديث : « كل ما كان على هذه الجهة ، وفيه ضرر ، يمنع من ذلك ، فان أجاب ، وإلا أجبره السلطان ، ولا يضر بأخيه »[2] .

وبذلك يتضح أن الحق الفردي – في نظر الشرع الاسلامي ، وسيلة أمن لا وسيلة ضرر ، ووسيلة عمل ، لا وسيلة عبث ، او علة تحكم وتعسف ، وبهذا

---

(١) الطرق الحكمية ص ٣١٠ .

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٢٧٠ .

ينتفي عن الحق الفردي صفة الاطلاق ؛ لأن قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » التي تشهد لها كليات في الشرع وجزئيات ، والتي أرساها الرسول ﷺ تشريعاً وقضاء، قاضية على **عموم سلطة المالك** ، فتخصصها **بغير مواقع الضرر اللازم والراجح بالغير** ، وحديث سمرة هذا الذي روى من طرق متعددة ، يعضد بعضها بعضاً ، **أصل عتيد في هذا التقييد** ، حتى لا يكون الحق مطية للشر .

هذا ، وقاعدة « الضرر الأشد يزال بالأخف » تؤيد نظرية التعسف ، وتعتبر حلول هذه النظرية في معيارها المادي – وضابطه الموازنة تطبيقاً لهذه القاعدة .

واتخذ العلماء من قضاء النبي ﷺ في قضية سمرة **أصلا** في هذا الباب ، فقالوا: « من اتصل ملكه بملك غيره **متميزاً** عنه ، وهو **تابع** له ، ولم يكن فصله منه بدون **ضرر يلحقه** ، وفي ابقائه على الشركة ضرر ، ولم **يفصله مالكه** ، فلمالك الأصل أن يتملكه بالقيمة من مالكه ، ويجبر المالك على القبول ، وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل ، فالمشهور أنه ليس له تملكه قهراً ؛ لزوال ضرره بالفصل »[1] .

ويتخرج على هذه القاعدة :

أن المستعير اذا غرس او بنى في أرض المعير، ورجع المعير واسترد الأرض، وامتنع عن الضمان مطلقاً ، فطلب المستعير قيمة الغراس او البناء – وهما تابعان للأرض متميزان عنها – اجيب الى ذلك – عملًا بقضاء رسول الله ﷺ في عرضه المعاوضة على سمرة ، وإن طلب القلع وضمان النقص لم يجب[2]؛ لأن الرسول ﷺ عرض على سمرة المعاوضة ، فلما أبى ، أمر بالقلع ، **جزاءً** على الاصرار على إيقاع الضرر .

---

(١) القواعد لابن رجب – القاعدة السابعة والسبعون – ص ١٤٧ – ١٤٩ .
(٢) المرجع السابق ص ١٥٠ .

وأيضاً ، فإنّ تمسك المستعير بالقلع ، وملكه تابع – تعسف في استعمال الحق ؛ لما يعود على صاحب الارض مالك الاصل من الضرر الأشد في هذا القلع .

لا يقال إن المستعير يضمن نقص الأرض ؛ لأنا نقول ، إن في إبقاء الغراس او البناء في الارض ، وحفظ حق المستعير في القيمة ؛ دفعاً لضرر أشد عن صاحب الارض، فيتحمل الضرر اليسير اللاحق بالمستعير من إجباره على المعاوضة بالقيمة ، في سبيل دفع الضرر الأشد اللاحق بمالك الأصل ، والناشىء عن إبقاء الشركة ، أو عن قلع البناء او الغراس، ولو ضمن المستعير نقص الارض من جراء ذلك[1] ، ولا يصار الى القسمة ؛ لأنها متعذرة بدون ضرر ، أما لو أمكن فصل ملك التابع دون ضرر ، فيصار اليه ، ولا يجبر صاحبه على المعاوضة ؛ لزوال الضرر بالفصل[2] .

هذا ، واذا كان عقد الاعارة يرد على تمليك المنفعة مجاناً ، وهو غير لازم ، جاز للمعير أن يرجع ويسترد عاريته في أي وقت شاء ، سواء أكانت الاعارة مؤقتة بمدة لم تنته ، أو غير مؤقتة ، غير أن المعير يضمن للمستعير ما يسببه له رجوعه من ضرر ، في حالة استرداد العارية قبل الوقت المحدد ؛ لأن المستعير مغرور من قبل المعير[3] .

❀ ❀ ❀

---

(١) القواعد لابن رجب ص ١٤٧ .
(٢) جامع العلوم والحكم ص ٢٧٠ .
(٣) المدخل الفقهي العام للاستاذ مصطفى الزرقاء ، ج ١ ص ٨ : ٤ .
(٤) نيل الاوطار ج للشوكاني ج ٥ ص ٢٥٦ – ٢٦٠ وانظر الروايات المتعددة التي روى فيها هذا الحديث.

الدليل الرابع :

أولاً : عن أبي هريرة (رض) ان النبي ﷺ قال : لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره ... ثم يقول أبو هريرة : مالي أراكم عنها معرضين ، والله لأرمين بها بين أكتافكم » رواه الجماعة والنسائي[٤] .

وفي الصحيحين : « لا يمنعن أحدكم جاره أن يغرز خشبه على جداره »[١]

يدل الحديث على أنه لايحل للجار ان يمنع جاره من غرز الخشب في جداره، ويجبره الحاكم اذا امتنع ، وبه قال الامام أحمد[٢] واسحق وابن حبيب من المالكية ، والامام الشافعي في القديم ، والى هذا ذهب ابن حزم[٣] .

وعلى هذا ، يجبر المالك قضاءً على تمكين جاره من الارتفاق بحائطه عند الحاجة .
فمنع المالك جاره أن يرتفق بجداره حالة احتياجه إلى ذلك يعتبر تعسفاً في استعمال حق الملكية ، اذا لم يلزم من ذلك ضرر بيّن يعود على المالك ؛ لان المنع عندئذ مظنة قصد الإضرار ، أو العبث ؛ إذ المفروض أن تصرف المالك في هذه الحال دون مصلحة يستجلبها ، او مفسدة يدفعها ، والقصد الى الاضرار ممنوع[٤] ، والعبث لا يشرع[٥] .

ويعتبر المالك متعسفاً كذلك ، اذا ترتب على الارتفاق ضرر تافه لايتناسب البتة مع ضرر الجار المحتاج، بمنعه من الارتفاق ؛ لانه من الممكن أن يقوم المرتفق باصلاح هذا الضرر التافه ؛ ولان المنع مع هذا الضرر التافه يمكن ان يتخذ قرينة على قصد الاضرار .

---

(١) جامع العلوم والحكم ص ٢٧١ .
(٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٤٢ ، القواعد لابن رجب ص ١٩١ نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٦٠ .
(٣) المحلى جـ ٨ ص ٢٤٢ – مسألة ١٣٥٨ .
(٤) جامع العلوم والحكم ص ٢٧٠ وما بعدها .
(٥) منية الطالب في حاشية المكاسب – في أصول الجعفرية ص ٢٢٤ .

أما اذا كان الضرر بيِّناً فاحشاً ، بحيث يفضي الارتفاق بالجدار الى الوهَن أو السقوط ؛ فلا يجوز حينئذ ؛ اذ لا يجب على المالك ان يتحمل ضرراً فاحشاً لدفع الضرر عن الجار؛ **لان ذلك يتنافى وقصد الشارع من تقرير حق الملكية؛ فقد شرع أصلا لمصلحة المالك ، ولم يشرع ليكون مجلبة لاضرار فاحشة تعود عليه ، ومناقضة الشرع باطلة ، هذا وجه .**

ووجه آخر ،هو أن حديث « لا ضرر ولا ضرار » قاضٍ على الوجوب في هذه الحالة ؛ اذ ليس نفي مشروعية الضرر عن الجار ، بمنعه من الارتفاق بملك جاره ، بأولى من نفي مشروعية الضرر الفاحش عن المالك ، بسبب إجباره على ان يرتفق غيره بملكه ؛ اذ ينقلب الجار حينئذ متعسفاً في استعمال حق الارتفاق هذا ، **ولا يدرأ التعسف بتعسف مثله .**

على أن مقصود الجار من الارتفاق بجدار المالك لا يتم اذا وهن أو آل الى السقوط .

ولكن الحديث - كما ترى - مطلق ، غير أنه يمكن أن يقال ، إن حديث « لا ضرر ولا ضرار » إذا ورد قيداً على المالك في استعمال حق ملكيته ، بمنع الضرر عن الجار ، فكذلك يرد قيداً على استعمال حق الجار في الارتفاق بملك جاره ، بألا يترتب على ذلك ضرر بيّن بالمالك[1] ، والى هذا ذهب الامام الشافعي ، والحنابلة ، وغيرهم من القائلين بالاجبار .

وعلى هذا ، فارتفاق الجار بملك جاره ، إما أن لا يترتب عليه ضرر بالملك المرتفق به ، وحينئذ لايجوز المنع ؛ لانه محض تعسف ، وإما أن يترتب على ذلك ضرر ، فتجرى الموازنة ، وعلى ضوء نتيجتها ، يحكم بالوجوب أو المنع ؛ توقياً من التعسف من اي من الجانبين ؛ وتحقيقاً لمقصد الشرع .

على أن ارتفاق الجار بحائط جاره، لايعرى عن نوع ضرر عادة عند فتح الجدار؛ لغرز الجذوع وما اشبه ، إلا أنه ضرر تافه أو قليل لا يتناسب مع ضرر الجار

---

(١) نيل الاوطار جـ ص ، جامع العلوم والحكم ص ٢٧٠ وما بعدها .

المحتاج الى تسقيف بيته مثلاً، ومن مقتضى العدل ايضاً أن يتوقى من يريد الغرز الضرر قدر الامكان ، كما يجب عليه إصلاحه اذا وقع .

هذا،واعتبار حاجة الغارز الى الغرز أمر لابد منه؛ لانه إنما أبيح الارتفاق بملك الغير جبراً عليه ـ وهو أصلاً محرم ـ لهذه الحاجة ، فكما لايجوز للمالك ان يمنع جاره من الارتفاق بملكه لقصد الاضرار او العبث ؛فكذلك لايجوز للجار ان يستعمل حقاً وضعه الشارع في يده لغير مصلحة[1] ؛ لان هذا تعسف ، والتعسف ممنوع بكل صوره ، **ويجب حمل الحديث على هذا** ، وان جاء في ظاهره مطلقاً من كل تقييد ؛ لان نظرية التعسف حاكمة على جميع الحقوق في الشريعة.

والى هذا ذهب الحنابلة [2]

وجاء في نيل الاوطار : وأما اعتبار حاجة **الغارز فأمر لابد منه** .

وقد ذكرنا قبلاً ، أن نظرية التعسف ـ بما تفرض من قيود على استعمال الحق ؛ توقياً من مناقضة مقاصد الشرع ـ تقتضي المجتهد تقييد النص المطلق ، أو تخصيص العام ، أو الاستثناء من القياس العام اذا اقتضى الحال ذلك؛توخياً لمقصد الشارع ، وعدم اعتسافه ، وتقييد إطلاق الحديث الذي نحن بصدد البحث فيه من هذا القبيل .

أما وجهة من تمسك باطلاق الحديث ، ولم يقيده بحاجة الجار ،فهي أن حكم الحديث **جاء للمصلحة العامة ، فلا يشترط تحقق الحكمة في كل فرد**،أو ثبوت المصلحة في كل حادثة ، نظير ذلك مشروعية الشفعة[3] ، وهذا الرأي في نظري مرجوح؛ لما ذكرت من وجوب درء التعسف من الجانبين ،وهوماتقتضيه قواعد العدالة ، ويتفق وروح الشريعة ، وفي هذا رد على ابن عقيل من الحنابلة الذي تمسك باطلاق الحديث .

---

(١) نيل الاوطار جـ ٥ ص٢٦١ .

(٢) القواعد لابن رجب ص ٣١ .

(٣) المغنى جـ ٥ ص ٢١٠ كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٤٢ .

على أن القياس مع الفارق ؛ إذ لا ضرر على البائع في الشفعة ؛ لأنه يأخذ ثمن عقاره غير منقوص . أما في ارتفاق الجار بملك جاره ، فلا يعرى عن نوع مضرة كما ذكرنا ، كما لا يتقاضى المالك نظير ذلك ثمناً ولا تعويضاً ، وقضى الشارع الحكيم ، بأن يتحمل هذا الضرر مراعاة لحق جاره لحاجته ، ويتنافى وحكمة الشارع أن يكون هذا الحكم على ما يلزم منه من مضرة ومخالفة للقياس ، دون مبرر شرعي يقتضيه .

ولذا ؛ رأينا الامام الشافعي في أحد قوليه ، يقيد حق الارتفاق هذا بمنع الضرر البيّن عن المالك ، وهذا الرأي - في نظري - أجدر بالاعتبار ، والصق بقواعد الشريعة[1] .

وذهب الحنابلة[2] الى هذا التقييد أيضاً ؛ لأن مطلق الضرر لا يوجب المنع من الارتفاق للاسباب الآتية :

الأول : أن هذا الارتفاق لا يعرى عن نوع ضرر عادةً ، واعتبار مطلق الضرر في المنع يُعطّل العمل بالحديث .

الثاني : أن في تقييد الحديث على النحو الذي بينا رعايةً للمصلحتين ، وإعمالاً لحديث « لا ضرر ولا ضرار » وهو كما تقدم قاعدة عامة في الدين .

الثالث : أن نظرية التعسف حاكمة على الحقوق كلها ، فحيثما تحقق أيٌّ من معاييرها ، وجب تطبيقها ؛ لقيام الأدلة على ثبوتها من الكتاب ، والسنة ، وفقه الصحابة ، وقواعد الشريعة العامة .

---

(١) نيل الاوطار ج ٥ ص ٢٦٠ وما بعدها .

(٢) كشاف القناع ج ٣ ص ٣٤٢ المغنى ج ٥ ص ٢٩ - جامع العلوم والحكم ص ٢٧١ ، القواعد ، لابن رجب ص ٣٢ و ١٩١ - انظر الى قول ابن رجب في كتابه الجامع : « فان ذلك - اي الارتفاق - يضر بمن انتفع بملكه ، فله المنع ، كمن له جدار واه لا يحمل ان يطرح عليه خشب » وبه قال الامام الشافعي ، كما ذكرنا ، وعبد الملك بن حبيب المالكي ص ٢٧١ .

رأي القائلين بالندب

وذهب الحنفية والهادوية ومالك والشافعي في أحد قوليه إلى أنه يشترط **إذن** المالك ، ولا يُجبر صاحب الجدار إذا امتنع ، وحملوا **النهي** على **التنزيه** ؛ جمعاً بينه وبين الادلة القاضية بان الناس مسلطون على اموالهم ، من مثل قوله ﷺ : « لا يحل مال أمرىء مسلم إلا بطيبة من نفسه »[1]

ويتجه على هذا الرأي أن الحديث **أخص** من تلك الأدلة مطلقاً، **فيبنى العام على الخاص** ، كما هو مقرر في علم الاصول .

قال البيهقي : « لم نجد في السنن الصحيحة ما يعارض هذا الحكم ، الا عمومات لا يستنكر أن يخصها »[2] .

ويقول الخطابي في قول أبي هريرة : « مالي أراكم عنها معرضين ، والله لارمين بها بين اكتافكم » : معناه « إن لم تقبلوا هذا الحكم وتعملوا به راضين ؛ لأجعلنها ـ أي الخشبة ـ **على رقابكم كارهين . اراد بذلك المبالغة**[3] » .

ومن قال إن النهي **للتنزيه** ، حمل قول أبي هريرة هذا على **توبيخ** من كان يترك اباحة ذلك لجاره ، ويشح بحقه ، ويترك الأخذ بما ندب النبي ﷺ ورغب فيه »[4] .

---

(١) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٦٠ .
(٢) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٦٠ .
(٣) المرجع السابق .
(٤) المنتقى على الموطأ جـ ٦ ص ٤٣ - يلاحظ أن الامام مالك (ر ض) خالف قياسه في تقييد حق الملكية بما يمنع الاضرار عن الغير في هذه المسألة .

والخلاصة :

ان المالك مجبر على تمكين جاره من الارتفاق بملكه عند الحاجة اذا لم يتضرر، ويجبر كذلك اذا لحقه ضرر يسير، على ماهو الراجح؛ فلا يحل له منعه؛ لقوله ﷺ «**لا يمنعن احدكم.. الحديث**» كما ورد في الصحيحين هكذا **بلفظ التأكيد؛ ولعبارة أبي هريرة** رضي الله عنه **القسمية التي تؤكد وجوب التمكين والاجبار،** وليس من صارف عما يفيده النهي من التحريم إلا العمومات التي يتمسك بها في اطلاق حق المالك في التصرف بملكه، وصيانته عن تعرض الغير له، او مشاركته في منافعه؛ ولكن هذا الحديث، وقد ورد في روايات متعددة **خاص، فيبني العام عليه،** كما هو مقرر في الاصول .

وأيضاً فان حديث «لا ضرر ولا ضرار» الذي ورد في بعض روايات حديث ابي هريرة هذا، **يقيد تلك العمومات .**

على أن وجوب الإجبار مقيدٌ بامرين :

الاول – بالا يلحق بالمالك **ضررٌ بيّن،** بأن يوهن طرح الخشب جداره، أو يسقطه اذا كان واهياً .

الثاني – **بحاجة الغارز** الى الانتفاع بحائط جاره .

وهذا التقييد اقتضاه درء التعسف من الجانبين .

وفي الحديث دليل بيّنٌ على مبلغ **التضامن الاجتماعي** الذي يوجبه التشريع الاسلامي، وعلى **أن حق الملكية قد القيت عليه التزامات سلبية وايجابية، فهو** مقيد **من الناحية السلبية، بامتناع المالك عن الاضرار بغيره،** كما هو مقيد من الناحية الايجابية؛ اذ المالك **مجبر على تمكين غيره من الانتفاع بعقاره،** ولا يحل له منعه اذا لم يلحقه من ذلك ضررٌ بيّن .

وبهذا التقييد يتضح أن هذا الحديث يعتبر أصلاً من أصول نظرية التعسف،

الدليل الخامس :

وعن عروة بن الزبير ، عن عبد الله بن الزبير ، أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير عند رسول الله ﷺ في شراج[1] الحرة[2] التي يسقون بهـا النخل ، فقال الانصاري : سَرِّح الماءَ يَمُرّ ! فأبى عليه ، فاختصما عند رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ : إسق يازبير ، ثم ارسل الماء الى جارك ! فغضب الانصارى ، فقال : يارسول الله ! أن كان ابن عمتك !؟ فتلوّن وجه رسول الله ﷺ ، ثم قال : يازبير اسقِ ! ثم احبس المـاء حتى يرجع الى الجدر ! قال : فقال الزبير : والله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك « فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شَجَرَ بينهم ، ثم لايجدوا في صدورهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما ».

وعن ثعلبة بن ابي مالك قال : قضى رسول الله ﷺ في سيل مهزوز ، الاعلى فـوق الأسفل ، يسقى الأعلى إلى الكعبين ، ثم يرسل الى من هو أسفل منه »[3] .

يدل الحديث على ماينبغي أن تكون عليه العلائق بين الملاك المتجاورين في الاراضي الزراعية من التسامح ، ووجه الاستدلال ظاهر من قول الرسول ﷺ للزبير: « اسق يازبير ! ثم أرسلِ الماءَ إلى جارك » فقد حاول الرسول ﷺ أن يحمل الزبير على التسامح في حقه ، بأن يسقي ارضه سقيا خفيفاً ثم يرسل المـاء قبل أن يبلغ الكعبين ، اي قبل ان يستوفي الزبير حقه العادل ، وهذا يؤكـد

---

(١) الشراج ج شرج ، وهو النهر الصغير .
(٢) الحرة : أحجار سود .
(٣) المرجع السابق ص ١٩٥ .

ماقررناه قبلًا ، من أن الشريعة الاسلامية تحث في اقتضاء الحق على تجاوز العدل الى التسامح والفضل [1] .

وبذلك يكون الرسول ﷺ قد حاول دفع الضرر - ولو يسيرا - اذا لم يؤذ صاحب الحق .

ولكن لما اتهم الرسول ﷺ بالمحاباة ظلماً ، قرر ماهو الحق الفاصل في هذه المسألة، وهو الحكم العادل ، بأن يسقى الزبير ارضه حتى يبلغ الماء إلى الكعبين ؛ وبهذا أخذ الامام مالك .

كما يدل الحديث على أن الحق في الماء لمن سبق ، يأخذ منه الاعلى اولا ، وقد ورد تقديره في خبر ثعلبة ، بأن يكون الى الكعبين وهذا بيِّن .

* * *

(١) راجع الدعامة الخلقية في الفقه الاسلامي ص ٨٨ .

المبحث الثالث

أدلة النظرية من فقه الصحابة

الدليل الاول :

« روى مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه : أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا[1] له من العريض[2]، فاراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : لم تمنعني وهو لك منفعة ؟ تشرب به أولاً وآخراً ولا يضرك ، فأبى محمد، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب، فدعا عمر محمدبن مسلمة، فأمره أن يخلي سبيله ،قال محمد: لا، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمرّ به ، ففعل الضحاك[3] . »

« وروى مالك عن عمرو بن يحيى المازني، عن ابيه، أنه قال،كان في حائط جده « ربيع »[4] لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد عبد الرحمن بن عوف ان يحوله الى ناحية من الحائط هي أقرب الى أرضه ، فمنعه صاحب الحائط ، فكلم

---

(١) الخليج ـ النهر الصغير .

(٢) العريض ـ واد بالمدينة .

(٣) المنتقى على الموطأ ج ٦ ص ٤٧ .

(٤) الربيع : الجدول ـ النهر الصغير .

عبد الرحمن بن عوف عمر بن الخطاب في ذلك، فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله[1]».

مايدل عليه قضاء عمر ـ رض ـ في المسألتين

وقضاء عمر في المسألتين دليلٌ على ثبوت حقوق الارتفاق لاصحاب الاراضي الزراعية المتجاورة بعضهم قِبَلَ بعض، من حق إمرار الماء في ارض الغير، أو استطراقها، واذا امتنع صاحب الارض التي يراد الارتفاق بملكه، اعتبر متعسفا في استعمال حقه، ويجبر على التمكين، مالم يلحقه ضرر بيّن، عملاً بقضاء عمر رضي الله عنه الذي ورد في الروايتين السابقتين.

والى هذا ذهب ابو ثور والامام احمد ومالك في رواية عنها[2].

أما الرواية الاخرى القائلة بعدم الاجبار، فعمدتها في ذلك، أنه تصرف في أرض الغير بدون اذنه فلا يجوز ـ وهو القياس ـ، كما لو لم تدعُ الى ذلك حاجة، ولأن مثل هذه الحاجة لاتبيح الارتفاق بملك الغير جبراً عنه[3]، لأنه محض تعدٍّ، والى هذا ذهب مالك في رواية عنه، وأحمد ابن حنبل[4] في رواية أيضاً، والحنفية.

وظاهرٌ، أن قضاء عمر (رض) كان في تعارض المصالح الخاصة في الأملاك المتجاورة من الأرضين، فقضى بمنع المالك من التعسف في استعمال حقه في الامتناع عن تمكين جاره من الارتفاق بأرضه اذا قضت بذلك حاجة الزراعة، عوناً لكل مزارع على أن يستثمر أرضه ويستغلها بأيسر سبيل، وفي هذا تعاون على الخير المشترك: « وتعاونوا على البر والتقوى ».

فحرية التصرف في الملك ـ سلباً وايجاباً ـ وإن كانت هي الاصل ـ إلا أنها يجب أن تمارس على وجه لايلحق ضرراً راجحاً بالغير، فلا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه على وجه يضر بغيره دون ان يجنى من تصرفه هذا منفعة من جلب مصلحة او درء مفسدة، او بعبارة أخرى دون أن يقصد الى غرض صحيح.

---

(١) المنتقى على الموطأ ج ٦ ص ٤٧ .

(٢) المغنى ج ٤ ص ٤٩٤ ـ جامع العلوم والحكم ص ٢٧١ ـ المنتقى على الموطأ ج ٦ ص ٤٥ ـ ص ٤٦ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) جامع العلوم والحكم ص ٢٧١ .

على أن إجباره على تمكين غيره من الارتفاق بملكه عند الحاجة ، مشروط بألا يلحقه هو من ذلك ضرر بيّن ،فامتناعه عندئذ محض تعسف ،اما اذا لحقه نفع وامتنع، فهو في أعلى مراتب التعسف ؛ لانه مانع الخير عن نفسه وغيره؛ولذا أقسم عمر (رض) في قضائه بقوله : « والله ليمرن به ولو على بطنك » مبالغة منه في الاستنكار لهذا النوع من التعسف ، وتأكيداً للاجبار على درئه .

أما ما روي عن الامام مالك من القول بعدم جواز إجباره ، مخالفاً بذلك قضاء عمر (رض) فقد ذكرنا قبلًا ، انه خلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان ، يدل على هذا ما جاء من تعليل لرأيه : « ولكن فسد الناس ، واستحقوا التهم ، فأخاف أن يطول الزمان ، وينسى ما كان عليه جرى الماء ، وقد يدعي جارك عليك به دعوى في أرضك ... الخ . »

فالامام مالك — كما هو واضح — يخشى الادعاء الباطل بملكية رقبة المجرى من الارض المرتفق بها بمضي الزمن ، فمنع الارتفاق لهذا الضرر الاشد .

وتأسيساً على هذا النظر ، يمكن القول بأن شؤون العقارات اذا نظمت في سجلات، كما هو الشأن في زماننا ،بحيث لا يكون ثمة وجه لهذه الخشية ، او هذه المظنة من المفسدة، فإن الحكم في هذه المسألة يكون بجواز الاجبار؛ تخريجاً على مذهبه .

هذا ، وقد روى زياد بن عبد الرحمن رأياً آخر للامام مالك :

« أنه إن لم يضر به — بمالك الارض التي يريد الجار الارتفاق بها — **فليقض عليه بمروره في أرضه ، وان أضر به منع من ذلك** »[1] وهـــذا هو قياس مذهب الامام مالك [2] .

---

(١) المنتقى ج ٦ ص ٤٥ .

(٢) انظر في تقييد حق الملكية عند الامام مالك ، بما يمنع الضرر عن الجار في مسائل حفر الآبار ، وفتح الكوى ، وحق المرور للجار في أرض جاره ، للوصول الى ارضه ، وحق اجراء الماء في ارض الجار لسقي ارضه — المدونة ج ١٥ ص ١٩٦ — ص ١٩٧ ، البهجة شرح التحفة للتسولي ج ٢ ص ٢٣٥ وما بعدها ، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٤١ .

الدليل الثاني

اجتهاد عمر (رضي الله عنه) في مسألة التزوج بالكتابيات الأجنبيات:

« روى الامام الطبري في تاريخه[1] : « أنه بعد أن انتصر المسلمون على الفرس في موقعة القادسية ، لم يجد رجالهم نساءً مسلمات **كافيات** للزواج منهن في تلك البلاد الفارسية ، فأرغمتهم **الضرورة** على الزواج من نساء كتابيات ، وبعد حين كثرت النساء المسلمات ، وزالت تلك الضرورة ، فبعث عمر بن الخطاب الى حذيفة بن اليمان الذي كان والياً على المدائن في بلاد العجم رسالة يقول فيها : « بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب ، وذلك ما لا أرضاه لك ، فطلقها ، ولا تبقها في عصمتك .. »

« فكتب اليه حذيفة : أحلالٌ هذا الزواج أم حرام ؟ ولماذا تأمرني بطلاق هذه المرأة الكتابية ، لن أطلقها حتى تخبرني ؛ فكتب اليه عمر بن الخطاب ، هذا الزواج حلالٌ ؛ **ولكن في نساء الاعاجم خلابة وخداعاً ، واني لأخشى عليكم منه »**[1] .

فإباحة التزوُّج بالكتابية حكم شرعه الله في كتابه الكريم بقوله تعالى : « والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتموهن أجورهن ، محصنين غير مسافحين ، ولا متخذي أخدان »[2] .

---

(١) تاريخ الطبري جـ ٦ ص ١٤٧ .

(٢) المائدة آية/٥ .

ولكنا نرى عمر بن الخطاب (رض) ينهى عن ذلك في بعض الظروف ؛ دفعاً لمفسدة عظمى تترتب على هذا المباح ، فيمنعه حماية للصالح العام ، بإبعاد نواب الخليفة أولاً عن خداع الاجنبيات لهم ، او ابعاد وقوع الفتنة بين المسلمات اللواتي يكثر عددهن، وينصرف رجال المسلمين عنهن ؛ لجمال الكتابيات، وكلاهما ضار بالمصلحة العامة[1] .

وفي رواية نقلها الجصاص : أن حذيفة تزوج يهودية ؛ فكتب اليه عمر : أنْ خلِّ سبيلها ، فكتب اليه حذيفة : أحرام هي ؟ فكتب اليه عمر : لا ؛ ولكني أخافُ أن تواقعوا المومسات منهن ، يعني العواهر»[2] .

وروى هذا الاثر الامام محمد في كتابه الآثار ، عن ابراهيم عن حذيفة : أنه تزوج بيهودية بالمدائن ، فكتب اليه عمر : أن خلِّ سبيلها ، فكتب اليه أحرام هي ؟ ... الخ »

فهذه الروايات تفيد أن المباح يمنع خشية أن يترتب عليه من ضررٌ عام ، سواء أكان ذلك في مواقعة المومسات منهن . وفي هذا ضرر لا يخفى ، أم في تتابع رجال المسلمين في الزواج من الكتابيات رغبة في جمالهن ، فتترك المسلمات بلا أزواج فيقعن فيما حرم الله ، وهذه مفسدة عظمى لم يشرع نكاح الكتابيات من أجلها .

ولا شك أن هذه المفسدة تناقض الحكمة التي من أجلها أُبيح التزوج بالكتابيات[2] ، وهي إزالة ما يعمر قلوبهن من كراهية للاسلام ، ووحشة منه، عن طريق التزوج بالمؤمنين ؛ ليكونوا القدوة العملية لهن في سمو الخلق ، وعزة الايمان ، واستقامة النفس، فإذا كان يؤدي هذا الزواج – في بعض الظروف – الى نقيض هذه الحكمة بالنسبة للمجتمع الاسلامي ،بأن يصبح التزوج بالكتابية

---

(١) تعليل الاحكام للاستاذ الشيخ مصطفى شلبي ص ٤٠٣ .

(٢) راجع البدائع ج ٣ ص ١٨٧ – ص ١٨٨ فتح القدير ج ٣ ص ١٣٥ .

(٢) راجع كتاب الآثار ص ٧٥ .

ـ في غالب الامر ـ من أجل التخلق بأخلاقها هي ، وتقليدهـا ، واعتبارها المثل الاعلى في كل تصرف ؛ فانه يمنع ؛ لمناقضة قصد الشارع ، وهو التعسف بعينه ، وهـذا الفقه من عمر (رض) يؤكد أصل النظر في مآلات الافعال ـ الواقعة او المتوقعة ـ واعتبارها شرعاً .

او بعبارة أخرى ، ان هذا الحكم الذي قضى به عمر (رض) هو الفقه العميق لمقصد الشارع من تشريع الحق، وذلك ، بادارة **الاذن والمنع في الفعل** على ضوء من مآله الى موافقة قصد الشارع أو مناقضته اياه .

وهذا هو الاجتهاد الذي يجب اتباعه ـ في هذه المسألة ـ في أيامنا هذه، بالنسبة الى بعثات السلك الدبلوماسي العربي والاسلامي ـ بوجه خاص ـ في البلاد الاجنبية[1] غير الاسلامية ، حفظاً لمصلحة الدولة ، ومنع تسرب اسرارهـا عن طريق التزوج بالاجنبيات ؛ لان هذه النتيجة لم تكن هي الحكمة التي من أجلها شرع نكاح الكتابيات .

على أنـه في النطاق الداخلي للدولة الاسلامية ، اذا كان التزوج بالكتابيات الاجنبيات يؤدي ، في الكثير الغالب ، بدافع عقدة من نقص تساور نفوس بعض الرجال العرب او المسلمين ؛ لاعتبارهم الكتابيات الاجنبيات من طراز سام من الخلق والرقي والحضارة ـ الى التخلق باخلاقهن ، واتخاذهن القدوة العملية لهم ولاولادهم في السلوك الاجتماعي ، والنظر الى الحياة ، وجب الا يشرع كذلك ؛ لانه يناقض ـ في باعثه أو مآله على هذا الوجه ـ مقصد الشرع من هـذه الاباحة ، وهو أن يكون المسلم قدوة عملية لها في معتقده وسلوكه الاسلامي ، بتجسيم فكرة الاسلام وتعاليمه ومثله عن طريق ذلك السلوك ، حتى ترى الكتابية صورة الاسلام في شخص زوجها المسلم ماثلة ، وبذلك يزول ما في نفسها من وحشة نحو هذا الدين الجديد .

والواقع ، أن الممعن في فقه عمر ـ رضي الله عنه ـ في منع المباح هنا ، يرى أنه يدفع بذلك المناقضة بين المصلحة الجزئية المشروعة في ذاتهـا

---

(١) راجع رأي الاستاذ الشيخ محمود شلتوت ـ تفسير القرآن الكريم ص ٣٠٥ ـ ص ٣٠٦ .

ـ وهي مصلحة حذيفة في التزوج من الكتابية ـ والصالح العام .

ويقين الأمر ، أن حذيفة ـ وهو الصحابي الجليل ـ لم يكن ليقصد الا ماقصده الشرع ، غير أن عمر (رض) رأى أن هذا ضرب من التعسف ؛ لأن الحق الفردي لايشرع استعماله ـ ولو قصد فيه المصلحة التي شرع من أجلها الحق ـ اذا كان متناقضاً ـ بحسب المآل ـ مع التنظيم التشريعي الاسلامي ، وقواعده العامة ، بقطع النظر عن الباعث او القصد .

يرشدنا الى هذا ، ما أشار اليه عمر (رض) في بعض الروايات ، من أن ذلك سيفضي الى الإنصراف عن النساء المسلمات ، فيتركن بلا ازواج ، وفي هذا مفسدة اي مفسدة ، فمنع استعمال هذا الحق ؛ نظراً الى هذا المآل الذي يتناقض وروح الشريعة وقواعدها العامة ، من تقديم الصالح العام على المصلحه الفردية ، وبذلك **يتضح لنا المعنى الاجتماعي للحق الفردي ، بما تقرر في الشريعة من قواعد تقيم التوازن في هذا الحق بين عنصريه الفردي والجماعي ، وهو ما تضطلع به نظرية التعسف .**

هذا التبدل في الحكم ليس نسخاً :

لا يقال ان هذا الحكم من عمر (رض) يعتبر نسخاً للآية الكريمة ، لأنا نقول : إن الآية لم تنسخ ، إذ لانسخ بعد الرسول ﷺ ، ونكاح الكتابية مشروع أصلاً في القرآن الكريم ؛ ولكن توقف العمل بحكمه بالنظر الى مآله في ظرف خاص ؛ لأن مشروعيته ليست مقصودة لذاتها ؛ بل شرعت لمصالح قصدها الشارع ؛ فاذا كان العمل بمقتضى هذه المشروعية ـ في ظرف ما ـ يؤدي الى ضرر عام ـ واقع او متوقع ـ منع في هذه الحال ؛ عملاً بما يوافق روح الشريعة ومقاصدها في الخلق ، حتى اذا تبدل ذلك الظرف ، عادت الى هذا النكاح مشروعيته ؛ اذ لم يعد يفضي الى ذلك المآل الممنوع ، وليس كذلك النسخ ؛ لأن النسخ انتهاء أمد العمل بالحكم ، وهو من حق الشارع الحكيم وحده ، ولا يجوز العود الى العمل بالحكم المنسوخ مطلقاً في اي ظرف كان .

الطلاق التعسفي

« توريث المبتوتة في مرض الموت »

الدليل الثالث :

فتوى عثمان[1] بن عفان في توريث المبتوتة في مرض الموت ؛ لان الطلاق في هذه الحالة مظنة الفرار من توريثها ، اي مظنة القصد الى حرمانها من حقها في الارث .

اختلف الفقهاء في توريثها على أقوال ، ولا يرجع اختلافهم في هذه المسألة الى نصوص من كتاب أو سنة؛ اذ لم يرد فيها آية ولا حديث عن رسول الله ﷺ ، وإنما مردّ ذلك الى اختلافهم في النظر والاجتهاد ، والى اختلاف مانقل في ذلك من آراء عن أصحاب رسول الله ﷺ أو تابعيهم ، في وقوع الطلاق أو عدم وقوعه ، وفي ثبوت التوارث مع وقوعه أو عدم ثبوته ، ففي دعوى الإجماع على توريثها التي يزعمها ابن القيم في أعلامه نظر ، فان خلاف ابن الزبير مشهور[2].

---

(١) وهو رأي عمر وعلي وأبي بن كعب وسائر البدريين – فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ١٤٣ .

(٢) طلق عبد الرحمن بن عوف – وهو في مرض موته – زوجته « تماضر » بنت الاصبغ الكلبية طلاقا باتا ، ثم مات وهي في العدة ، فقضى عثمان بن عفان – رضي الله عنه – بتوريثها منه – بداية المجتهد جـ ٢ ص ٦٨ اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٢٦ و ص ١٤٢ – فتح القدير جـ ٥ ص ١٥١ .

ويقول ابن جزيء في قوانينه[1] : « إن طلاق المريض نافذ صحيح اتفاقاً» ثم يسرد آراء الأئمة في توريث المبتوتة منه .

والواقع أن هناك من قال بعدم وقوع طلاق المريض هذا، فمذهب الحسن[2]، **ان الطلاق ليس بواقع ، وهما زوجان يتوارثان إن مات الزوج في مرضه ذلك ، أو ماتت في مرضه .**

ومذهب الائمة الاربعة أن **الطلاق واقع** ، غير أن الخلاف في توريثها ، فمذهب الامام الشافعي : ان لا توارث بينها مطلقاً إعمالاً لسبب –وهو الطلاق البات– من كل وجه ، وهذا هو القياس .

ومذهب الحنفية : أنها ترثه مادامت في العدة .

وقال ابن حنبل : ترثه مالم تتزوج[3] ، واشترط في ميراثها ثلاثة شروط :

احدها : أن لا يصح من ذلك المرض .

الثـاني : أن يكون المرض مخوفاً يحجر عليه فيه .

الثالث : أن يكون الطلاق منه لا منها ، ولا بسببها .

ومذهب الامام مالك : توريثها منه ولو انقضت عدتها ؛ بل ولو تزوجت من غيره ، وسواء أكان الطلاق منه أم منها أم بسببها ، وسواء أقصد حرمانها أم لم يقصد ؛ اكتفاء بهذه المظنة – وهي مرض الموت– التي يقيمها مقام المئنة (**وهذا نظر موضوعي لاينظر الى الصور في آحادها؛ بل في مجموعها ؛ تطهيراً للمجتمع من الفساد** .

وليس هـذا مقام بيان توجيهات أحكام الائمة في هـذا الموضوع ؛ ويكفينا هـذا القدر المتفق عليه من الجمهور ، وهو توريث المبتوتة من زوجها الذي طلقها باتاً في مرض موته ؛ معاملة له بنقيض قصده ؛

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٢٢٢ .

(٢) فرق الزواج ص ٨٤ ص ٨٥ للاستاذ الشيخ علي الخفيف .

(٣) ذهب الجعفرية الى انها ترث مدة سنة من تطليقها – الخلاف ج ٢ ص ٤٥٦ .

ودرءاً لتعسفه في استعمال ماوضع الشارع في يده من حق الطلاق .

ووجه التعسف ، أن الطلاق لم يشرع للزوج وسيلة إلى الاضرار بزوجته ، وحرمانها من حقها في الارث ، فاذا كان الباعث على الطلاق هو حرمان زوجته من ميراثها ، عومل بنقيض قصده ، محافظة على حقها ، ودفعاً للظلم والهضم عنها، ومرض الموت هو مظنة هذا القصد .

ويقول صاحب بداية المجتهد[1] : « سبب خلاف الائمة اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع ، وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ؛ ليقطع حظها من الميراث، فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الذرائع، ولحظ وجوب الطلاق، لم يوجب لها ميراثا، وذلك ؛ ان هذه الطائفة تقول: إن كان الطلاق قد وقع، فيجب ان يقع بجميع احكامه؛ لانهم قالوا: إنه لايرثها إن ماتت، وان كان لم يقع، فالزوجية باقية بجميع احكامها » .

فنحن نرى أن ابن رشد ، يجعل تلازماً بين إعمال الباعث وسد الذرائع ، واعني بالباعث القصد او مظنته ، فمن لم يعمل الباعث لايقول بسد الذرائع ، وعلى هذا يوقع الطلاق ، ويمنع التوارث ، كما هو مذهب الشافعي .

والواقع أن القول بمبدأ سد الذرائع لايوجب القول بالباعث ، فقد يأخذ امام بحكم هذا المبدأ في جزئية، كما في تحريم سب آلهة المشركين اذا علم او غلب على الظن ان ذلك مُفضٍ الى ان يحمل المشركين على سب رب العالمين سبحانه، فهذا اخذ بسد الذريعة، وقال به من لم يقل بالباعث[2] ، فالتلازم - كما ترى - منفك.

والواقع ان تطبيق مبدأ سد الذريعة هنا ؛ للحيلولة دون تنفيذ الباعث غير

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٦٨ - ٦٩ - فواعد ابن رجب ص ٣١٩ القوانين الفقهية ص ٢٢٢ .

- احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية ص٤٤٦ للاستاذ الشيخ عمر عبد الله.

(٢) نقصد بالباعث هنا القصد الدافع الذي لم يفصح عنه عبارة ، بل قامت القرائن على ثبوته ، فهذا هو الذي اختلف الائمة في الاخذ به واعماله في التصرفات ، اما اذا افصحت عنه العبارة فان إعماله محل اتفاق .

المشروع لدى المريض مرض الموت على تطليق زوجته ، وهو قصد حرمانها من حقها في الارث ، يقضي بعدم وقوع التصرف الذي اتخذ وسيلة الى ذلك ، اي بعدم وقوع الطلاق ؛ لكنا رأينا جمهور الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب يقولون بوقوع الطلاق ؛ فلم يؤثر الباعث غير المشروع في التصرف ، كما هو مقتضى مبدأ سد الذريعة .

وعلى هـذا ، يمكن القول بان توريث المبتوتة في مرض الموت كان ضمن دائرة إعمال الباعث غـير المشروع في اثر خاصة التصرف ؛ وهو جزاء فرضه المشرع ، اساسه العمل بالمصلحة ؛ وانتجه إعمال الباعث غير المشروع في اثر التصرف الذي كان غاية لذلك الباعث .

ومما يؤكد صحة هذا النظر ، ان ابن رشد نفسه يرى من العسير على أصحاب القول بتوريثها ، إجابة المخالفين القائلين بالقياس ، اي باعمال الباعث من جميع الوجوه حتى في اصل التصرف وهو الطلاق ، وهـذا القياس قاض بان الطلاق اذا وقع وقع من كل وجه ، كما هو مذهب الشافعي .

يقول ابن رشد : « لانه يعسر أن يقال إن في الشرع نوعاً من الطلاق ، توجد له بعض احكام الطلاق ، وبعض احكام الزوجية ، وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح او لا يصح ؛ لأن هذا يكون طلاقا موقوف الحكم ، الى أن يصح او لايصح ، وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع »[1] .

وهل العمل بمقتضى مبدأ سد الذريعة ، مما يعسر القول به في الشرع ؟ فكيف نرد اذن اختلاف الائمة الى اختلافهم في وجوب سد الذريعة ؟

غير أنه يمكن أن يقال إن الطلاق من الاوضاع الشرعية التي لايمكن تغييرها ، استثناء من مقتضى اصل الذرائع ، فإذا أوقع الزوج الطلاق مريـداً إياه ، وقع مهما كانت الدوافع اليه ، وينصرف سد الذريعة لا الى ابطال هـذا التصرف ، لانه قام الدليل على وجوب وقوعـه في كل حال ؛ لما فيه من الناحية التعبدية ؛

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٦٩ .

بل الى الحيلولة دون تحقيق القصد غير المشروع ، أو المصلحة غير المشروعة التي توخاها المريض مرض الموت ، وهو حرمانها من الارث ، وهذا قد قام الدليل على وجوب ابطاله ؛ لمناقضة قصد الشارع في كل تصرف يراد به اسقاط واجب او تحليل محرم .

على أن الحنفية قالوا بتوريثها ، استناداً الى قاعدة الاستحسان الذي سنده المصلحة ، أو اخذاً بفتوى عثمان رضي الله عنه ، او بهما معا .

والخلاصة : ان العمل بنظرية التعسف وجد منذ فجر الاسلام ؛ فقد رأينا الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب قد قالوا بمقتضى هذه النظرية في طلاق المريض مرض الموت زوجته باتاً قصداً الى حرمانها من حقها في الارث ؛ بل ذهب الامام مالك رضي الله عنه ـ كما رأينا ـ الى توريثها ولو لم يقصد الى ذلك ؛ لانه لم ينظر الى الصور الآحادية ، بل نظر الى مظنة هذا القصد وهو مرض الموت ، واقام المظنة مقام المئنة ؛ فقطعاً لدابر الفساد من المجتمع اذ كثر الظن بتوقع وقوعه، قال بتوريث كل مبتوته في مرض الموت اكتفاء بهذه المظنة [(٢)]، واعداماً لذات هذا التصرف من المجتمع مهما كان الدافع إليه ، وهذا اقصى ما يمكن ان يتصور في إعمال نظرية التعسف .

---

(١) الاحوال الشخصية ص ٣١٩ للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ـ وانظر في اساس توريث المبتوتة في مرض الموت ، وانه المصلحة المرسلة ـ اصول التشريع الاسلامي ص ١١٣ للاستاذ الشيخ علي حسب الله .

(٢) ويمعن الامام مالك في حسم مادة الفساد من المجتمع ، فيعتبر كثرة وقوع التصرف الذي يتذرع به الى تحليل محرم ، كبيع العينة مثلا ، مظنة القصد الى ذلك ، وعلى ذلك ؛ فلا ينظر الى الصور الآحادية ، كل بمفردها من حيث تحقق القصد الى الربا ، او غلبة ظن تحققه ؛ بل ينظر الى كثرة وقوع هذا النوع من التعامل في المجتمع حتى يسد الذريعة اليه ، وهذه نظرة موضوعية شاملة .

هذا ، وقد كانت بيوع العينة كثيرة الوقوع في زمن الامام مالك رضي الله عنه ؛ ولكنها اليوم غالبة الكثرة ـ انظر الموافقات جـ ٢ ص ٣٦١ وبذلك يمكن القول بان الامام مالك ـ رضي الله عنه ـ اخذ بنظرية التعسف في اوسع مدى ...

مايستنتج من هذه الأدلة :

أولاً) إن نظرية التعسف نشأت بنشأة الفقه الاسلامي نفسه ، إذ قد وردت الادلة التفصيلية التي تثبت النظرية بمقاييسها المختلفة في كتاب الله ، وسنة رسوله ، وفقه الصحابة ، واجتهادات الاصوليين ، وأئمة مذاهب الفقه الاسلامي .

ثانياً) إن مجال تطبيق نظرية التعسف يشمل **الحقوق والاباحات** على سواء ، كما في منع محمد بن مسلمة من استعمال حقه على نحو تعسفي ، وكما في إجبار مالك الحائط ـ اذا امتنع ـ عن أن يخلي سبيل جاره للارتفاق به عند الحاجة .

وفي الاباحات ، كما في منع النبي ﷺ من بيع الحاضر للبادي ، ومنع عمر رضي الله عنه من التزوج بالكتابيات في بعض الظروف .

ثالثاً) ان نظرية التعسف مرتبطة اساساً بغاية الحق لا بحدوده الموضوعية ؛ لان المفروض أن المتعسف لايخرج عنها ؛ ولكنه يستعمل حقه على نحو يناقض الغاية التي شرع من أجلها .

رابعاً) التعسف في استعمال الحق محرمٌ في الشريعة ، وممنوع ؛ ولذا تقضي النظرية بحرمان صاحب الحق من ممارسة حقه على وجه تعسفي ، وبذلك تدفع الضرر قبل وقوعه ، بمنع الاستعمال التعسفي للحق ابتداء ، وهـذا هو الدور الوقائي للنظرية .

هذا فضلاً عن أن التعسف ـ اذا وقع وسبب ضرراً ـ يستوجب المسئولية ، ويرتب جزاءً دنيويا يوقع عن طريق القضاء بازالة الضرر عينا إن أمكن ، او عن طريق الضمان حسب الاحوال ، وقطع سبب الضرر منعاً من استمراره في المستقبل ، وهذا هو الدور العلاجي للنظرية .

خامساً) نظرية التعسف قد تتخذ ترجيح مصلحة على اخرى ؛ لتقيم التوازن

بين الحقوق الفردية المتعارضة ،او بينها وبين الصالح العام؛ دفعا للضرر الأشد، مما يؤكد ارتباط النظرية بنظرية الحق ، ومدى استعماله .

سادسا — ان نظرية التعسف كما تمنع الاضرار تصون الحقوق ، فطلاق الفرار يقصد به هضم حق الزوجة في الميراث ، عن طريق استعمال حق الطلاق، وهذا يوجب ان يرد على المتعسف قصده ، ويعامل بنقيضه ؛ إذ الطلاق لم يشرع لذلك .

سابعا — اما معايير التعسف ومقاييسه التي جاءت بها الادلة فهي :

اولا — استعمال الحق لمحض قصد الاضرار (وهذا معيار ذاتي) كما ورد ذلك صريحاً في الآيات التي تنهى عن الاضرار في الوصية أو حق الرضاع .

ثانيا — انعدام التناسب بين مايعود على صاحب الحق من مصلحة ، وما يلزم من استعماله لحقه من ضرر أشد ، يلحق غيره من الفرد أو الجماعة — كما في قضية سمرة ، وكما في المنع من تلقي السلع ، والمنع من التزوج بالكتابيات ؛ بالنظر لما ينجم عن ذلك من ضرر عام . (وهذا معيار موضوعي) .

ثالثا — استعمال الحق كذريعة للاحتيال على قواعد الشرع وهدمها ، كما في استعمال حق الطلاق لحرمان الزوجة من الميراث ، أي لتحقيق مصلحة غير مشروعة ، وهذا معيار مختلط ؛ اذ يمكن معرفة الباعث غير المشروع عن طريق المصلحة غير المشروعة التي يحققها المتعسف .

وهذه المقاييس ينتظمها ضابط واحد، يربط النظرية بغاية الحق لابنظرية التعدي في الفقه الاسلامي ، ذلك الضابط العام كما يقوم الامام الشاطبي في اكثر من موضع هو « **استعمال الحق في غير ماشرع من أجله** »[1] .

---

(١) الموافقات جـ٢ ص٣٨٢ وراجع أيضاً ص ٣٣٣ و ٣٣٤ و ٣٨٥ و ٣٨٦ و ٣٨٨ و جـ ٤ ص ٢٠١ وما بعدها .

المبحث الرابع

أدلة النظرية
من
الأصول التشريعية والقواعد الفقهية

أصل النظر في المآلات

يؤيد هذا الاصل ، ان المصالح معتبرة في الاحكام [1] ، وانها شرعت لتحقيق غايات اساسية قد قصدها الشارع ، ومن هنا كان الحكم — وهو منشأ الحق او الاباحة — منظوراً اليه في الشرع على أنه وسيلة غايته المصلحة .

اذا ثبت هذا — وقد أقمنا الادلة على ثبوته [2] — فكل فعل — وهو مقدمة لنتيجة او وسيلة الى غاية — يفضي — قطعا اوظنا او في الكثير غير الغالب [3] — الى غير غايته التي رسمها الشارع ، او الى مآل هو مفسدة مساوية للمصلحة التي

---

(١) راجع الاسس التي يقوم عليها تقييد الحق في الفقه الاسلامي — الاساس الاول — المصالح معتبرة في الاحكام ص ١٦٢ .

(٢) راجع البحث المشار اليه سابقا .

(٣) هذا ماذهب اليه مالك حيث حرم بيع العينة ؛ لانه يفضي في الكثير غير الغالب الى الربا ، فاقيم هذا مقام القطع او الظن الغالب احتياطا في درء المفسدة الموافقات ج ٢ ص ٣٥٧ و ص ٣٥٩ و ص ٣٦١ .

شرع الحق من اجلها او راجحة عليها ، لم يبق مشروعا ؛ لان العبرة بهذه النتيجة في تكييف الفعل ، وهي كما رأينا مناقضة لمقصد الشرع .

لذا ، يلزم المجتهد في التشريع الاجتهادي ـ توقياً لهذه المناقضة ـ ان ينظر في هذه المآلات ، ويمنع الفعل أو يأذن فيه على ضوء منها ؛ جرياً على سنة الله في اعتباره المصالح في الاحكام[1] ، او المسببات في الاسباب ، دون نظر الى الباعث او القصد في آحاد الصور ، هذا بالاضافة الى ان له ان يخصص العام او يقيّد المطلق تحقيقاً لمقصد الشارع .

يرشدنا الى هذا أن الشارع الحكيم قد نهى عن سب الهة المشركين اذا علم او غلب الظن ان ذلك مفضٍ الى سب رب العالمين جل وعلا ، ولو كان للمؤمن نية محتسبة ، في توهين امر الشرك وتحقيره ، فما بالك اذا استعمل الحق مع النية السيئة ، فان المنع ـ حينئذ ـ يكون اوجب .

يقول ابن تيمية : « **الذرائع حرمها الشارع ، وان لم يقصد بها المحرم؛ خشية افضائها الى المحرم ، فاذاقصدبالشيء نفس المحرم ، كان اولى بالتحريم من الذرائع** ، وبهذا التحرير ، يظهر عليّة التحريم في مسائل العينة وامثالها ، وان لم يقصد البائع الربا ؛ لانهذه المعاملة يغلب فيها قصد الربا ، فيصيرذريعة، فيسد هذا الباب ؛ **لئلا** يتخذه الناس وسيلة الى الربا ، ويقول القائل: لم اقصد به ذلك ؛ **ولئلا** يدعو الانسان فعله مرة الى ان يقصده مرة اخرى ؛ **ولئلا** يعتقد أن جنس هذه المعاملة حلال ، ولا يميز بين القصد وعدمه ؛ **ولئلا** يفعلهاالانسان مع قصد خفي يخفي من نفسه على نفسه ،وللشريعة اسرار في سد الفساد وحسم مادة الشر .. الخ[2]» وعلى هذا فانه لاينظر الى الباعث على انه الامرالجوهري.

آراء العلماء في هذا الاصل :

لاخلاف بينالعلماء ، انه لايجوز التذرع بامر ظاهر الجواز ؛ لتحقيقاغراض

---

(١) الموافقات جـ ٤ ص ١٩٤ .

(٢) الفتاوى جـ ص ١٣٩٣ .

غير مشروعة ؛ لما في ذلك من مناقضة الشرع عيناً ، بهدم قواعد الشريعة ، **غير ان الخلاف فيما يتحقق فيه التذرع** ، فالإمام الشافعي لا يبطل التصرف الا ، اذا ظهر القصد الى المآل الممنوع صراحة ، ويذهب الامام احمد الى الاخذ بالقرائن في اثبات هذا القصد[1] .

صلة هذا الاصل بنظرية التعسف :

قدمنا ان هذا الاصل لا يعتمد الباعث على أنه الامر الجوهري في تكييف الفعل ؛ بل العبرة فيه بالمآل ، وهذه نظرة واقعية موضوعيـــة تعنى باللوازم الخارجية للافعال .

نخلص من هذا ، إلى أن هذا الاصل يتجه اتجاهين :

أولهما : جوهري رئيسي ، وهو النظر الموضوعي الذي يعتمد مآلات الافعال وثمراتها ونتائجها ، وعلى ضوئها يحل الفعل او يحرم ، ويؤذن فيه او يمنع ، بقطع النظر عن اصل وصفه الشرعي[2] .

وثانيهما : هو النظر الى الباعث **على أنه امر ثانوي** — وهذه نظرة ذاتية تعنى بالبواعث والعوامل النفسية التي تحرك ارادة المتصرف فعلاً او قولاً .

فالتصرفات المأذون فيهـا — قولية كانت أم فعلية بمقتضى حق او إباحة — اذا أفضت بذاتها الى مآل ممنوع ، منعت ، ولم تشرع ؛ لأن هذه التصرفات وسائل لتحقيق مصالح لا مفاسد . فالمناقضة ظاهرة ، **والمناقضة تعسف** ، وكذلك اذا كان الباعث على التصرف الذي ظاهره الجواز تحقيق أمر غير مشروع ، لم يشرع ؛ بالنظر الى هذا الباعث — **ولا يصلح الفعل الذي ظاهره الجواز معتصماً**

---

(١) الموافقات جـ ٤ ص ٢٠٠ — وراجع تعليق الاستاذ الشيخ محمد حسنين مخلوف الموافقات جـ ٤ ص ١١٣ المطبعة السلفية .

(٢) كتاب مالك للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ص ٤١٢ — ص ٤١٤ .

لمشروعيته مع هذا الباعث او المآل – الواقع أو المتوقع – غير المشروع ، وهذا هو لباب نظرية التعسف .

ويترتب على هذا النظر أمران :

الأول : ان يكون **قصد المكلف** في العمل موافقاً **لقصد** الله في التشريع.

الثاني : أنه يلزم المجتهد النظر في مآلات الافعال ، ويكيفها بالمشروعية او عدمها على ضوء من تلك المآلات .

ويتفرع على هذا الاصل [1] قواعد :

أولاً : قاعدة الذرائع : التي حكّمها الامام مالك في اكثر ابواب الفقه .

ثانياً – الاستحسان : عند الحنفية والمالكية .

ثالثاً – قاعدة الحيل[2] .

رابعاً – مراعاة الخلاف عند المالكية .

وهذه القواعد تؤيد أصل النظر في مآلات الافعال[3]،وهي اذ تؤيد نظرية التعسف، تمثل في أحكامها الدور **الوقائي** للنظرية في التصرفات **القولية**، اذ تحول بين التصرف وترتيب آثاره عليه .. أما التصرفات الفعلية اذا وقعت ، فالواقع لا يرتفع ؛ بل يقطع سببه ؛ليمنع استمراره في المستقبل ، ويعوض عن الاضرار النازلة إن كان لها وجه .

ونظراً لأهمية قاعدة الذرائع ، سنتناولها بالبحث ؛ لأن نظرية التعسف تقوم عليها .

---

(١) اصل النظر في مآلات الافعال .

(٢) انظر بحث مبدأ العدل المطلق وصلته بنظرية التعسف في الفقه الاسلامي والمبحث الثاني منه في الميدان الاجتهادي ص ٦٥ وما بعدها .

(٣) الموافقات جـ ٤ ص ٢٠١ وما بعدها .

المطلب الاول

القاعدة الاولى :

قاعـــدة الذرائع

تعريف الذريعة :

الذريعة لغةً هي الوسيلة الى الشيء مطلقاً ، واصطلاحاً ، هي الوسيلة الى المفسدة .

يقول الامام الشاطبي : وحقيقتها التوسل بما هو مصلحة الى مفسدة[1] .

ويقول القرطبي : « والذريعة عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه، يُخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع[2] .

ويقول القرافي في فروقه : سد الذرائع : ومعناه حسم مادة وسائل الفساد ؛ **دفعاً لها** ، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة ، منع مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور[3] .

ويقول بعض الفقهاء المحدثين : « سد الذرائع هو منع المباحات التي يتذرع بها الى مفاسد ومحظورات » . ويقول في موضع آخر : الذريعة **هي** : « كل مباح تذرع به الى **مفسدة** »[4] .

---

(١) الموافقات جـ٤ ص ١٩٩ .

(٢) الجامع لاحكام القرآن للقرطبي جـ ٢ ص ٥١ .

(٣) الفروق جـ ٢ ص ٣٢ وما بعدها — وقد قرر هذا المعنى ابن فرحون في كتابه ، تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٧٥ والشوكاني في كتابه ارشاد الفحول ص ٢٤٦ .

(٤) السياسة الشرعية للاستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج ص ٧٣ .

وهكذا يقصر الاصوليون والفقهاء معنى الذرائع على النوع المباح الذي يُتَوَسل به الى مفسدة .

الذريعة[1] تشمل القول والفعل :

والذريعة ـ بما هي وسيلة الى مفسدة ـ قد تكون قولاً — وهذه تشمل التصرفات القولية — وقد تكون فعلًا — وهذه تشمل التصرفات الفعلية — وقد اشار ابن قيم الجوزية الى هذا في صدد تقسيمه للذرائع اذ يقول : **الفعل او القول** المفضي الى المفسدة قسمان ... الخ[2] .

أقسام الذرائع بالنسبة الى مآلاتها عند الاصوليين والفقهاء وتحرير محل الخلاف فيها

أولا ـ أقسام الذرائع عند الامام القرافي :

احدها ـ معتبرٌ إجماعاً : كحفر الآبار في طريق المسلمين ، والقاء السم في

---

(١) والذريعة الى المفسدة قد تكون في العبادات كما تكون في العادات ، وبالتالي يجب سدها : يقول الامام الشاطبي في الاعتصام جـ ٢ ص ٣١ وما بعدها .

« وفي الجملة ، فكل عمل اصله ثابت شرعا ، الا ان في اظهار العمل به ، والمداومة عليه ما يخاف أن يعتقد انه سنه ، فتركه مطلوب في الجملة ايضا ، من باب سد الذرائع » .

وضرب امثلة لذلك ، من مثل ما جاء في الحديث ، من نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتقدم شهر رمضان بصيام يوم او يومين ، ووجه ذلك عند العلماء ، مخافة ان يعد ذلك من جملة رمضان . — المرجع السابق .

ومما يؤيد ان سد الذريعة معتبر في العبادات ، حديث النهي عن التشديد على النفس في العبادة الى حد الافراط ؛ خوفاً من الانقطاع عنها ، اي بالنظر الى هذا المآل . وبهـذا يتضح ، ان التعسف كما يكون في الحقوق والمباحات يتحقق في العبادات ، وهو ممنوع حيثما كان . الموافقات جـ ٤ ص ١٩٨ .

(٢) اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٢٠ .

أطعمتهم ، وسب الاصنام عند من يعلم من حاله أن يسب الله تعالى .

وثانيها – ملغى إجماعاً : كزراعة العنب ؛ فانه لا يمنع خشية الخمر .

وثالثها – مختلف فيه ، كبيوع الآجال ، اعتبرنا نحن الذريعة فيها، وخالفنا غيرنا ، فحاصل القضية أننا قلنا بسد الذرائع اكثر من غيرنا ، لا أنها خاصة بنا »[1] .

ثانياً اقسام الذريعة عند ابن قيم الجوزية :

وقد أفاض ابن قيم الجوزية في كتابه « إعلام الموقعين » القول في مبدأ سد الذرائع ، **وأورد تسعة وتسعين وجهاً ؛ للدلالة** على أنه أصل يحتج به في الاستنباط ؛ ولكنه في تقسيمه للذريعة من قول أو فعل ، يخلط بين ما هو وسيلة الى محرم ، وما هو محرم في ذاته ، إذ يقول :

« **الفعل او القول** المفضي الى المفسدة قسمان » :

احدهما : أن يكون وضعه للافضاء اليها ، **كشرب المسكر** المفضي الى مفسدة السكر ، **وكالقذف** المفضي الى مفسدة الفرية ، **والزنا** المفضي الى اختلاط المياه وفساد الفراش ، ونحو ذلك ، فهذه **أفعال وأقوال** وضعت مفضية لهذه المفاسد ، وليس لها ظاهر غيرها »[2] .

والثاني : أن تكون – أي الذريعة من قول او فعل – موضوعة للافضاء الى أمر جائز او مستحب ، **فيتخذ وسيلة الى المحرم** ، إما بقصد ، او بغير قصد منه .

فالاول : (أي بقصد منه) كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل ، أو يعقد البيع قاصداً به الربا .

---

(١) تنقيح الفصول للقرافي ص ٢٠٠ .

(٢) اعلام الموقعين ج ٣ ص ٢١٩ .

والثاني : (**أي دون قصد منه**) كمن يسب أرباب المشركين بين أظهرهم.
ثم هذا القسم من الذرائع نوعان :

احدهما : أن تكون مصلحة الفعل أرجح من مفسدته ـ كالنظر الى المخطوبة مثلاً .

والثاني : ان تكون مفسدته راجحة على مصلحته . فهاهنا اربعة اقسام .

ويلاحظ على هذا التقسيم :

ان ابن القيم خلط في القسم الاول بين الذرائع الى المفاسد ، وبين المفاسد في ذاتها ، فشرب **الخمر والزنا والقذف** ليست من الذرائع في شيء ، وانما هي محرمة لذاتها تحريم مقاصد ، فايرادها في قسم الذرائع ليس على ما ينبغي .

وعلى هذا ، يمكن رد الاقسام الى ثلاثة :

الأول : ما وضع للافضاء الى مباح ؛ **ولكن قصد** به التوصل الى مفسدة، كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل ، او يعقد البيع قاصداً به الربا .

الثاني : ما وضع لمباح **لم يقصد** به التوصل الى مفسدة ؛ ولكنه يفضي اليها **غالباً** ، وهي ارجح مما يترتب عليه من المصلحة ، كمن يسب آلهة المشركين بين اظهرهم .

الثالث : ما وضع لمباح ؛ ولكنه قد يفضي الى مفسدة ، ومصلحته ارجح من مفسدته ، كالنظر الى المخطوبة .

تحرير محل الخلاف :

يلاحظ على هذه الاقسام الثلاثة أنها شاملة للذرائع المفضية الى**المفسدة بذاتها غالباً** اي دون قصد ، وشاملة كذلك **لما قصد به التذرع اليها** ، وان كان في ذاته مباحاً جائزاً .

اما القسم الثاني ،فقد جاء المنع فيه صريحاً ، كما في **قوله تعالى** : «ولا تسبوا .. الآية » وهذا لا خلاف فيه .

واما القسم الثالث : فقد جاءت الشريعة بجوازه ايضاً ؛ فليس محلاً للنظر .

بقي القسم الاول : وهو ما وضع للمباح ؛ ولكنه اتخذ وسيلة الى مفسدة ، وهذا هو محل الخلاف ، وهو القسم الذي اشار القرافي الى انه موضع النزاع[1].

على ان هذا القسم — وهو الذي تقوم عليه معظم حالات التعسف — ليس محلاً للنزاع أيضاً بين العلماء عند التحقيق ؛ إذ قد سبق أن قررنا ، أن مبدأ سد الذرائع جاء توثيقاً للاصل العام الذي قامت عليه الشريعة ، من جلب المصالح ودرء المفاسد ، ولا ريب ان هذا القسم من المباح الذي قصد به التوصل الى امر محرم ، لا نظن احداً من العلماء يجيزه ؛ لأنه يناقض اصل الشريعة ؛ فالامام الشافعي مثلاً لا يجيز البيع الذي قصد به التوصل الى الربا **اذا ظهر القصد الى هذا المال الممنوع** ، وليس احد من العلماء يجيز[2] هذا التحايل على قواعد الشريعة وهدمها ، وانما الخلاف في أمر آخر ، هو في المنهج الذي سلكه كل فقيه في الكشف عن الباعث غير المشروع ، **او بعبارة أخرى** ، فيما يتحقق فيه **التذرع** .

فالامام مالك — رحمه الله — يحتاط في درء المفاسد ، فيمنع ما ادى الى الممنوع **بكثرة قصده من قبل المتبايعين ، ولو لم يقصد بالفعل في كل صورة على حدة ، فيكتفى بكثرة الوقوع ، ولو لم تصل الى غلبة الظن ، او غلبة كثرة الوقوع** ، فضلاً عن العلم ، ويعتبرها **مظنة** هذا القصد ، **فالكثرة** هي الضابط والمظنة ، كما **في بيع العينة** ، ويتهم بسبب ظهور فعل **اللغو** ، وهو دال على القصد الممنوع ، فيبطله به ؛ اكتفاء بكثرة[3] الوقوع في الخارج ، فالمعيار — كما ترى — **مادي لا ذاتي.**

اما الامام الشافعي ؛ فلا يتهم من لم يظهر منه قصد الى المآل الممنوع ؛ لانه يعتمد العبارة الظاهرة ، يقيم الحكم عليها ، ولا يتحرى البواعث الخفية .

---

(١) الفروق جـ ٢ ص ٣٢ وما بعدها . تنقيح الفصول ص ٢٠٠ .

(٢) الموافقات جـ ٤ ص ٢٠٠ .

(٣) الموافقات جـ ٢ ص ٣٦١ .

ولهذا يتفق الفريقان – كما يقول الامام الشاطبي – **على انه لايجوز**[1] **التعاون على الاثم والعدوان باطلاق**؛ فظهر أن قاعدة الذرائع متفق على اعتبارها في **الجملة**، وانما الخلاف في أمر آخر، كما قلنا، **وهو المناط الذي يتحقق به التذرع**[2].

وسنتناول هذه النقطة بالذات بالشرح والتفصيل عند استعراضنا لاقسام الذريعة عند الإمام الشاطبي.

الادلة على حجية مبدأ سد الذرائع

الدليل الاول: قال تعالى «ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله، فيسبوا الله عدواً بغير علم».

وجه الدلالة: منع الله سبحانه من سب آلهة المشركين، مع أن توهين أمر الشرك مطلوب؛ بالنظر إلى **مايتوقع** – في غالب الظن – من مقابلة المؤمنين بمثل ذلك، من سب رب العالمين سبحانه؛ فمنعت هذه الذريعة نظراً إلى هذا المآل لا الى الباعث، فكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم، وفي هذا تصريح **بالمنع من الجائز او الواجب؛ لئلا يكون سبباً في فعل ما لا يجوز.**

الدليل الثاني: «ياايها الذين آمنوا لاتقولوا راعنا، وقولوا انظرنا واسمعوا».

نهى الله سبحانه المؤمنين عن كلمة «راعنا» – ومعناها: ارعني سمعك لتعي ما اقول – لئلا يكون ذلك ذريعة لليهود في توجيهها للنبي ﷺ **قاصدين** بها معنى آخر، من «الرعونة» وهو سب للنبي ﷺ[3].

يقول ابن رشد في المقدمات: «نهى عز وجل عباده المؤمنين أن يقولوا للنبي ﷺ «راعنا» **وهي كلمة صحيحة معروفة في لغة العرب**، معناها: ارعني

(١) المرجع السابق جـ ٤ ص ٢٠٠ وما بعدها

(٢) المرجع السابق ص ٢٠١ في الهامش.

(٣) مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٩٨ – أحكام القرآن لابي بكر ابن العربي جـ ١ ص ٥١ اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٢٢.

سمعك وفرغه لي ؛ لتعي قولي وتفهم عني ؛ لأنها كلمة سب عند اليهود ، فكانت تسب بها النبي ﷺ في أنفسها ، فلما سمعوها من أصحاب النبي ﷺ فرحوا بها ، واغتنموا ان يعلنوا بها النبي ﷺ ويظهروا سبه ؛ فلا يلحقهم في اظهاره شيء ، فأطلع الله نبيه والمؤمنين على ذلك ، ونهى عن الكلمة ؛ **لئلا يكون ذلك ذريعة لليهود** الى سب النبي ﷺ[1] » .

الدليل الثالث : قوله ﷺ فيما اخرجه الشيخان عن عبد الله بن عمر : « إن من اكبر الكبائر ان يلعن الرجل والديه ، قيل يا رسول الله ؛ كيف يلعن الرجل والديه ؟ قال يسب أبا الرجل ؛ فيسب أباه ، ويسب أمه ؛ فيسب امه » .

يقول الامام القرطبي : « فجعل التعرض لسب الآباء كسب الآباء »[2] .

الدليل الرابع : حديث النعمان بن بشير فيما رواه مسلم ، « قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : الحلال بيّن والحرام بيّن ، وبينهما أمور متشابهات ، فمن اتقى الشبهات، استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام، كالراعي حول الحمى ، يوشك أن يقع فيه » .

وجه الدلالة: أنه ﷺ **يمنع الاقدام على الشبهات خشية الوقوع في المحرم، سداً للذريعة**[3] .

الدليل الخامس: وقال ﷺ « لايبلغ العبد أن يكون من المتقين، حتى يدع ما لا بأس به ؛ حذراً مما به البأس »[4] ، ووجه الدلالة فيه بيّن .

هذا ، وقد أورد ابن القيم ، تسعة وتسعين وجهاً ؛ للدلالة على ثبوت هذا

---

(١) مقدمات المدونة لابن رشد جـ ٢ ص ٩٨ الجامع لاحكام القرآن - للقرطبي جـ ٢ ص ٥٤ .

(٢) الجامع لاحكام القرآن جـ ٢ ص ٥١ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق وراجع ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٤٦ - وتبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ٢٧٥ والفروق للقرافي جـ ٣ ص ٣٢ وما بعدها .

الاصل في الشرع[1] .

الذريعة تأخذ حكم ما أفضت اليه دفعاً لمناقضة الشارع :

والثمرة التي تترتب على العمل بمبدأ سد الذرائع ، أن الوسيلة لا ينظر اليها في ذاتها من حيث الصحة والفساد ، أو الاذن والمنع ؛ بل تأخذ حكم ما افضت اليه ، ولو كان تكييفها الشرعي في الاصل غير ذلك .

وعلى هذا ، فالمحظور مثلاً اذا ادى الى مصلحة مؤكدة ، وكانت المصلحة أربى من الضرر الناشيء عن المحظور ، أو بعبارة أدق ، وكان الضرر الذي يدفع بتحقيق هذه المصلحة اكبر من الذي ينشأ من ارتكاب المحظور ، صار ذلك المحظور في اصله في مرتبه المأذون به ؛ لتحقيق تلك المصلحة ؛ او لتحقيق دفع الضرر الأكبر .

ومن امثلة ذلك :

١ – دفع مال للمحاربين فداء للأسرى من المسلمين .

٢ – دفع شخص مالاً لآخر على سبيل الرشوة او نحوه ؛ ليتقي به معصية يريد الظالم ان يوقعها ، وضررها اشد من ضرر دفع المال[2] .

مايستخلص من هذه الامثلة :

يتبين من هذه الامثلة ، أن الوسيلة لاينظر اليها في ذاتها ، بل تتكيف من جديد ، بالنظر الى مآلها ، فما أفضى إلى مطلوب كان مطلوبا ، ولو كان في الاصل محظوراً ، وهذا مايسمى بفتح الذرائع[3] .

---

(١) اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٢٦ وما بعدها – وراجع فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ١٤١ وما بعدها .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٢ – وانظر كتاب مالك – للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ص ١٥٠ ؛ – فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ١٣٩ .

(٣) الفروق جـ ٢ ص ٣٢ وما بعدها – وتنقيح الفصول ص ٢٠١ .

وما يُقال في هذا النوع من الذرائع ، يقال في النوع الآخر الذي هو في الاصل مشروع ؛ ولكنه يكتسب صفة عدم المشروعية بالنظر لمآله او باعثه ، كما في البيع الذي يتوصل بـــه الى الربا ؛ فانه يصبح غـير مشروع بالنظر لما يفضي اليه من مفسدة الربا كثيراً،وهذا النوع هو الذي يتصل بنظرية التعسف لا النوع الاول .

وانما اتينا بالنوعين؛لنقيم الدليل على ان مبدأ الذرائع ـ سداً وفتحاً ـ انما هو توثيق للمقصد الاصلي من الشريعة ، وهو جلب المصالح ودرء المفاسد ، فاعطيت الوسيلة حكم ما افضت اليه .

يقول ابن القيم مقرراً هذا المعنى :

لما كانت المقاصد لايتوصل اليها الا بأسباب وطرق تفضي اليها ، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها ، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها ، بحسب افضائها الى غاياتها .. فوسيلة المقصود تابعة للمقصود ، وكلاهما مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل ؛ فاذا حرم الرب تعالى شيئا ، وله طرق ووسائل تفضي اليه ؛ فانه يحرمها ويمنع منها ؛ تحقيقاً لتحريمه وتثبيتا له ، ومنعا أن يقرب حماه ، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية، لكان ذلك نقضاً للتحريم ، واغراء للنفوس به ، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الاباء ؛ بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك ، فان احدهم اذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء،ثم أباح لهم الطرق والاسباب والذرائع الموصلة، لعد متناقضا ، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده »[1] .

ويقول القرافي : « الوسيلة الى افضل المقاصد افضل الوسائل ، والى اقبح المقاصد اقبح الوسائل ، والى ماهو متوسط متوسطة » .

---

(١) اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١١٩ وما بعدها .
الفروق للقرافي جـ ٢ ص ٣٢ .

ويقول الامام العز بن عبد السلام من الشافعية :

كلما قويت الوسيلة في الاداء الى المفسدة، كان إثمها أعظم من اثم مانقص عنها، والبيع الشاغل عن الجمعة حرام ؛ لا لأنه بيع ؛ بل لكونه شاغلا عن الجمعة[1]، اي وسيلة الى ذلك .

وبالتأمل في تعليل هذا الحكم، اي حكم الوسيلة الجائزة او المطلوبة في ذاتها، والذي تستمده من حكم ما افضت اليه ، يُرى أنه لدفع مناقضة الشارع ، وهذا هو درء التعسف في استعمال الحق ، ومن هنا يبدو أن نظرية التعسف قائمة ـ في معيارها المادي ـ على مبدأ سد الذرائع، وهو مبدأ يتصل بروح الشريعة ومقاصدها .

وهذا ما أوضحه ابن قيم الجوزية في عبارته التي نقلناها عنه آنفاً حيث يقول : « ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية للمحرم ، لكان ذلك نقضا للتحريم ؛ واغراء للنفوس به ، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك .. الخ[2] » .

اقسام الذريعة باعتبار مآلها عند الامام الشاطبي ، وتحرير محل النزاع فيها وصلة ذلك بنظرية التعسف

الواقع ، ان الامام الشاطبي في تقسيمه[3] للذرائع هنا يرسي قواعد أصولية تحكم استعمال الحقوق ، فهو اولاً يشير الى الحق والاباحة بقوله :

« جلب المصلحة أو دفع المفسدة اذا كان مأذونا فيه ... الخ » والمأذون فيه أعم من أن يكون ناشئاً بمقتضى حق أو اباحة ، لأن غير المأذون فيه ليس مشروعا ، وما ليس بمشروع لايكون حقاً ولا مباحاً .

---

(١) القواعد للعز بن عبد السلام جـ ٢ ص ١٦ .

(٢) اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١١٩ وما بعدها .

(٣) الموافقات جـ ٢ ص ٣٤٨ .

ثم يشرع في تقسيم أوجه استعمال الحق بالنظر الى لوازمه ، وما يؤول اليه من اضرار ، وهذا هو مجال النظر في التعسف في استعمال الحق .

يقول الشاطبي :

« جلب المصلحة أو دفع المفسدة اذا كان مأذونا فيه على ضربين »
احدهما : ان لايلزم عنه اضرار بالغير .
الثاني : ان يلزم عنه ذلك .

ثم يشرع في تقسيم هذا الضرب الثاني الى وجوه يمكن ايرادها فيما يلي ، مع بيان حكم كل وجه :

الوجه الاول : أن يقصد الجالب أو الدافع ، اي صاحب الحق او الاباحة - الإضرار ، كالمرخص في سلعته ؛ قصداً لطلب معاشه ، وصحبه قصد الاضرار بالغير .

الوجه الثاني : أن لايقصد اضرارا بأحد ؛ ولكن لزم عن ذلك **ضرر عام** ، كتلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ، والامتناع من بيع داره او فدانه ، وقد **اضطر** اليه الناس لمسجد جامع .

الوجه الثالث : ان لايقصد اضرارا بأحد ؛ ولكن لزم عنه ضرر خاص ، واذا منع صاحب الحق من ممارسة حقه ، لحقه ضررٌ من ذلك ، فهو محتاج إلى فعله ، كالدافع عن نفسه مظلمة يعلم انها تقع بغيره ، أو يسبق الى شراء طعام ، او مايحتاج اليه ، او الى صيد أو حطب ، أو ماء او غيره ، عالماً انه اذا **حازه** استضر غيره بعدمه ، ولو أخذ من يده استضر .

الوجه الرابع : أن لايقصد الإضرار بأحد ، ولا يلحقه بالمنع من استعمال حقه ضرر ، ويكون اداؤه الى المفسدة قطعيا في جري العادة ، كحفر البئر خلف الباب في الظلام ، بحيث يقع الداخل فيه بلا بدّ ، وشبه ذلك .

الوجه الخامس : ان لايقصد اضرارا بأحد ، ولا يلحقه بالمنع مضرة ،

ويكون اداؤه الى المفسدة نادراً ، كحفر البئر بموضع لايؤدي غالباً الى وقوع احد فيه .

الوجه السادس : ان لايقصد اضرارا بأحد ، ولا يلحقه بالمنع مضرة ، ويكون اداؤه الى المفسدة غالباً ، كبيع السلاح من أهل الحرب ، والعنب من الخمار ، ونحو ذلك .

الوجه السابع : أن لايقصد اضراراً بأحد ، ولا يلحقه بالمنع مضرة ، ويكون اداؤه الى المفسدة كثيراً لا غالباً ، **كمسائل بيوع الآجال** ونحن نستعرض هذه الاوجه وبيان احكامها في الشرع ؛ لنظفر بما يلي :

اولاً – تحديـــد **مجال نظرية التعسف** ، وهل هو قاصر على الحق بالمعنى الاستئثاري ، او شامل للاباحات كذلك .

ثانيا – تحديد نطاق معايير النظرية ؛ لنرى هل يقتصر على المعيار الذاتي الذي يتمثل في العوامل النفسية ، من قصد الاضرار او الباعث غير المشروع ، أو يتعدى ذلك الى المعيار المادي الذي قوامه الموازنة بين المصلحة التي يجنيها صاحب الحق ، من حيث ان الحق قد شرع لاجلها ، وبين مايلزم عن ذلك من مضرة مساوية او راجحة ، او يشمل كذلك – بالاضافة الى هذين المعيارين – معياراً مختلطاً ، يستعان بالمادي للكشف عن العنصر النفسي .

ثالثاً **دور النظرية ووظيفتها** ، وهل هو قاصر على التضمين ، او أن لها دوراً وقائياً تقضي بالمنع أو الحيلولة دون وقوع الاضرار ، أو استمرارها ، بمنع اسبابها ، إلى جانب ماتقضي به من التضمين عما وقع ان كان له وجه .

بيان ما يتعلق بأوجه استعمال الحق[1] من الاحكام

قبل البدء في بيان الاحكام ، نقرر أن استعمال الحق ، اذا لم يلزم عنه مضرة بالغير ، فحكمه انه باقٍ على اصل الاذن ، ولا اشكال فيه .

---

(١) نقصد بالحق هنا ماهو اعم من الحق بالمعنى الاستئثاري والاباحة .

حكم الوجه الاول :

وهو استعمال الحق اذا قُصد به مصلحة شخصية، وصحبهـا قصد الاضرار بالغير .

في المسألة تفصيل : فاذا كان ذو الحق ، لو انتقل الى وجه آخر لجلب المصلحة أو درء المفسدة ، حصل له ما أراد أو لا ؟ فان كان كذلك ؛ فلا إشكال في منعه منه ؛ لقيام القرينة على قصد الاضرار ؛ لانه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الاضرار ؛ فلينقل عنه ، ولا ضرر عليه ، **كما يمنع من ذلك الفعل اذا لم يقصد غير الاضرار** ، وإن لم يكن له محيصٌ عن تلك الجهة التي يستضر منها الغير ، **فحق الجالب او الدافع مقدم** .

ونضيف هنا قيداً ، وهو انه يجب ـ ليقدم حق الجالب او الدافع ـ أن يكون الضرر اللاحق بالغير مساوياً لضرر **صاحب الحق من جراء منعه او أقل**، اما اذا كان فاحشاً او راجحاً منع صاحب الحق من ممارسة حقه على ماعليه جمهور الفقهاء ، من الحنفية [1] والحنابلة والمالكية .

حكم الوجه الثاني :

منع ذي الحق من استعمال حقه ، اذا لزم عنه ضرر عام ؛ ولو لم يكن منه قصد الى الاضرار بأحد ، وحتى لو استضر هو ؛ لأن ضرره ينجبر ، فإذا نزعت ملكية داره لتوسيع مسجد مثلاً جُبر ضرره بمنحه تعويضاً عادلاً ، وكذلك **يجبر أهل الصناعات** على بذل منافعهم ؛ اذا امتنعوا ، وتعلقت حاجة الناس بها، **ويعطون أجر المثل** ، وهذا يؤكد أن الشريعة تقدم المصلحة العامة مع رعاية المصلحة الخاصة ، توفيقاً بينهما ما أمكن التوفيق .

وأما تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي ، فيمنع المتلقي ، والسمسار ،

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي جـ ٤ ص ١٩٦ .

وتقدم المصلحة العامة إذا لحق العامة مضرّة ، ولو لم يكن من الفرد قصدٌ إلى الاضرار بأحد كما هو الفرض .

حكم الوجه الثالث :

وفي هذا الوجه يلزم عن استعمال الحق في الاحتياز ضرر بالغير من الأفراد مماثل للضرر اللاحق بذي الحق اذا منع ؛ ولكن يلاحظ أن الغير الذي يلحقه الضرر لم يتقرر له حق في محل الضرر ، ومن أمثلتها :

أن يسبق إنسان الى شراء طعام ، أو الى استئجار أرض أو دار ، وهو يعلم أنه اذا فعل ذلك استضر غيره ؛ لحاجته الى هذه الاشياء ، واذا لم يفعل استضر هو .

أو يسبق الى حيازة مباح كالصيد والحطب ، أو ان يدفع ظلماً عن نفسه ، وهو يعلم انه يلزم من ذلك وقوعه بغيره ، فحكم هذا الوجه الجواز .

أما إشراك وتسوية الغير أو إيثاره في هذا الذي حازه ، فهو مستحب من الناحية الدينية والخلقية .

أما من الناحية القضائية فحق السابق مقدم ، وإن لحق غيره بذلك ضرر ؛ لأنّ جلب الانسان لمصالحه ودفع المفاسد عنه مقصود للشارع لامحالة ، كما يدل على ذلك قوله تعالى : « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » .

ويشير اليه أيضاً إباحة أشياء منعها الشارع للضرورة او الحاجة ؛ كإباحة الخمر للمضطر ، وجواز استقراض الدرهم بمثله الى أجل ، وإباحة العرايا ، مع أن فيها شبهة الربا ، وإباحة السَّلم مع أنه بيع المعدوم .

فاذا كان الشرع قد رخص في المحظور ؛ لحاجة الانسان ، فأولى أن يكون له حق استيفاء المباح ، مادام لم يتقرر فيه حق للغير ، ولا يبالي بضرره ؛ لأن الاول أحق منه بالسبق .

وعلى هذا ، فسبق الانسان الى فعل ما يجلب مصلحة او يدفع مفسدة ،

كالشراء والاجارة والحيازة ودفع الظلم ، حق ثابت مشروع على وجه الاباحة، يجوز للانسان أن يتعاطاه ، كما يجوز له أن يسقطه ، الا اذا كان مضطراً اليه ؛ فانه يتعين عليه تعاطيه ؛ لأنه أصبح واجباً عليه ؛ صيانة لنفسه أو دينه أو غيرهما من الضروريات .

ومن تأمل هذا الوجه ،تبين له **انه يتعلق باستعمال الرخص والاباحات** ، فحكم الشارع هو الاذن لمن سبق الى الشراء او الاجارة أو غيرهما ، ولا يلتفت الى ما ترتب على الحيازة من الضرر ؛ **لسبقه الى خيره في شيء لم يتقرر للآخر حق فيه** ؛ ولذلك قلنا : إنه لم يتقرر لأحدهما حق في محل الضرر ومنشئه .

أما إن تقرر لأحدهما حق فيه ؛ كما في التصرف في حق الملكية ، فيقدم ذو اليد ، وله أن يتصرف في ملكه بما أحب ؛ ولو لحق بغيره ضرر مماثل لضرر المالك فيما لو منع من استعمال حقه ، أما اذا ترتب عليه ضرر بالغير أشد مما يلحقه المالك من ضرر منعه من التصرف ، او ترتب عليه ضرر عام ، منع .

فمن الأول : إنسان بيده طعام لم ترق الحاجة اليه الى حد الضرورة ، وآخر مضطر اليه لإحياء نفسه ، يؤخذ منه الطعام جبراً بالقيمة[1] ، وليس له إمساكه .

ومن الثاني : إجبار المحتكر على بيع ما في يده للعامة ، اذا كان يضرهم الاحتكار ، هذا هو الحكم الفقهي القضائي .

واما الحكم الخلقي،فقد بيناه في الدعامة[2] الخلقية التي يقوم عليها التشريع الاسلامي ؛ وأنه يستحب في هذا الوجه التسوية والاشتراك ؛بل الايثار ، ما لم يضيّع عليه مقصوداً من مقاصد الشرع ، في المحافظة على نفسه أو دينه او عقله او عرضه ، فان توقع حدوث ذلك ، كان المقصدُ الشرعيُ أولى بالرعاية .

---

(١) في أخذ القيمة خلاف ، ففي المذهب الحنبلي رأي يقول : بوجوب بذله مجانا ؛ لان إحياء النفوس واجب – الطرق الحكمية – ص ٢٨٨ وما بعدها .

(٢) راجع ص ٨٨ .

وكذلك القربات، لا ايثار فيها، لأنها لله تعالى، ففيها المنافسة [1]، ومن المقررات الشرعية، **أن الايثار في القرب مكروه**.

حكم الوجه الرابع :

المفروض في هذا الوجه، أن الجالب للمصلحة أو الدافع للمفسدة لا يلحقه من منعه ضرر، وإفضاء فعله الى الاضرار بغيره قطعي في جري العادة؛ فإقدامه على الفعل – مع علمه بلزوم المضرة بالغير قطعاً – مظنة «لقصده الاضرار»، او هو تقصير في الاحتياط لتجنب الاضرار، او تقصير في فهم المعاني الاسلامية، وما تلزمه به من الحرص واليقظة والتعاون على البر والتقوى؛ لعصمة الانسان عن الاضرار به وإيلامه؛ لقوله ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار» فيمنع من الفعل، واذا فعل ضمن ما يترتب على فعله من ضرر.

والواقع أن هذه المسألة يتعارض فيها أصلان :

الاول – النظر الى الإذن في ذاته، وقصده لما يجوز له أن يقصد، والفرض أنه لم يقصد الاضرار بغيره، فهذا – من هذه الوجهة – جائز لامحظور فيه.

الثاني – النظر إلى إقدامه على الفعل مع علمه بلزوم مضرة الغير على الوجه القطعي عادة، فمن حيث كونه عالماً بذلك، ولا يستضر بترك الفعل؛ فانه من هذه الوجوه مهمل، أو مقصر في الاحتياط، أو يعتبر اقدامه على الفعل في هذه الحال مظنة «لقصد الاضرار» فيمنع بهذا الاعتبار من باب أولى.

والواقع، أن في هذا الوجه خلافاً بين الاصوليين، ومبنى الخلاف : هل النهي عن الشيء لوصف مجاور منفك، يؤثر في صحته إذا وقع، كالصلاة في الارض المغصوبة، للعلماء في هذا الاصل خلاف ليس هنا موضع بحثه؛ فمنهم من رجّح المنع، وفي هذه المسألة التي نحن بصدد البحث فيها يمنع، من جهة أنه عالم بالضرر، وبوسعه أن يتفادى وقوعه، فقامت مظنة انه يقصده، فالفعل مناقض لقصد الشارع، وكل ما ناقض الشريعة باطل.

---

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٥٥ وما بعدها.

حكم الوجه الخامس :

وهو أن الجالب أو الدافع غير قاصد الاضرار باحد ، ويلزم عن فعله مضرة بالغير **نادراً**، فيرجح جانب الإذن ؛ لأن العبرة بغلبة المصلحة على المفسدة ، لا بندرة المفسدة التي لا تخلو منها مصلحة ، ورجحان المصلحة يعتبر **ضابطاً للمشروعات** .

ويقول الامام الشاطبي : « لا يُعد قصد القاصد الى جلب المصلحة ، أو دفع المفسدة – مع معرفته بندرة المضرة عن ذلك – **تقصيراً في النظر ، ولا قصداً الى وقوع الضرر ؛ فالعمل إذن باقٍ على أصل المشروعية**[1] ».

حكم الوجه السادس :

وهو ما يكون أداء الفعل الى المفسدة **ظناً** ، **فيجري الظن مجرى العلم في العمليات** ، وعلى هذا يمنع ، ولا يلتفت الى أصل الاذن والاباحة .

ووقع الخلاف في هذا الوجه من قِبَلِ أن المتسبب لم يقصد الا مصلحة نفسه ، ولم يقصد ضرراً بالغير[2] .

حكم الوجه السابع :

وهو الفعل الذي يفضي الى المفسدة كثيراً ؛ ولكن لا يبلغ درجة الأمر الغالب ، **أي لا يقطع بترتب المفسدة على الفعل** ، **ولا يغلب على الظن ذلك** ، واذا لم يعلم ذو الحق بترتب المفسدة ، ولا يغلب على ظنه ذلك ، فلا يحمل تبعة الضرر الواقع ، ولا يبطل تصرفه ؛ لضرر متوقع ؛ لانه لا يعتبر قاصداً الضرر ، وليس من مظنة لهذا القصد نقيم حكم الرفع أو الدفع على أساسها ، كما لا يعتبر

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٩ .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٩ .

مقصراً في الاحتياط ؛ لتفادي وقوع المفسدة المترتب على فعله ؛ **فيرجح جانب الاذن ؛ لانه الاصل ، ولم يعارضه اصل قائم على أساس فقهي سليم .**

ومثال ذلك بيع العينة ، وهو البيع الذي يتذرع به الى الربا ؛ فالفرض أن أحداً من المتبايعين لم يظهر منه قصد الى مآل هذا البيع ، وليس من مظنة لهذا القصد ؛ اذ لايغلب على الظن ان كل بيع من هذا القبيل مفض الى الربا ، او يقصد به ذلك ؛ اذ لم يصدر من أي من المتبايعين مايكشف عن الباعث يقيناً ولا ظناً ؛ فعلى أي أساس نقيم حكم المنع ؟

على أن ما يرجح جانب الاذن – فضلاً عن ذلك – أن الاصل حمل حال المؤمن على الصلاح .

رأي مالك :

وخالف في ذلك الإمام مالك ،فذهب الى أن إقامة الكثرة مقام العلم أوغلبة الظن يستوجبه الاحتياط في دفع الفساد عن المجتمع ،و كثرة وقوع المفسدة كافية للمنع ؛**ولان الشريعة تقوم على الاحتياط والحزم،وهذا يستوجب اقامة الكثرة** مقام غلبة الظن في المعاملات ، واذا كان الاصل هو الاذن ، فقد عارضه اصل آخر لا يقل عنه قوة ؛ هو عصمة الانسان غيره من فرد أو جماعة عن الاضرار به وايلامه ؛ لقوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» فترجح هذا الاصل الاخير؛تطهيراً للمجتمع من الفساد،والمقرر في الشريعة،أن دره المفاسدمقدّم ، وعلى هذا ؛ فكثرة الفساد داعية الى هذا الترجيح ، والى اعتبارها في مرتبة الامر الغالب .

ويستند الإمام مالك في هذا الترجيح إلى أمور ثلاثة :

الأول – أنه يجب النظر الى النتائج والثمرات التي تترتب على الافعال ، أي الوقائع المادية الخارجية ؛ لانها هي الامر الجوهري في سد الذريعة ، وأما النية أو الباعث فأمر ثانوي كما قدمنا .

الثاني – ان كثرة المفاسد توجب اعتبارها في مرتبة الامور الظنية الغالبة؛ احتياطاً وتقديماً لدرء المفاسد على جلب المصالح ، فرجح جانب المنع .

الثالث – انه قد ورد من الشارع آثار صحيحة تحرم أموراً كانت في الأصل مأذونا فيها ؛ لانها تؤدي في كثير من الاحوال الى المفاسد ، ولو لم تكن غالبة، من ذلك :

١ – نهى رسول الله ﷺ عن الخلوة بالاجنبية .

٢ – النهي عن ان تسافر المرأة من غير ذي رحم محرم .

٣ – حرمت خطبة المعتدة حتى لا تكذب في العدة .

٤ – النهي عن هدية المديان ، اذا لم تجر له عادة بذلك .

كل هذا التحريم ؛ لكثرة مايترتب على هذه الافعال من المفاسد ، وان لم يقطع بافضائها الى هذا المآل ، او يغلب على الظن ذلك .

ويتفق الامام أحمد مع الامام مالك في هذا النظر[١] .

ما يستنتج من هذه الاحكام

أ – فيما يتعلق بمجال تطبيق النظرية :

أولاً – لم يفرق الفقهاء في الفعل المأذون فيه اذا لزم عنه مفسدة بالغير بين ما اذا كان الشخص المأذون له فيه يباشره بمقتضى اباحة أو حق ، وعلى هذا فمجال تطبيق نظرية التعسف في الفقه الاسلامي لايقتصر على الحقوق ؛ بل يشمل ايضاً الاباحات .

ب – فيما يتعلق بمعايير أو ضوابط التعسف :

أولاً – **تمحض قصد الاضرار** : يمنع استعمال الحق اذا لم يكن لصاحبه قصد

(١) اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٢٠ وما بعدها .

سوى الاضرار بالغير[1] . يقول الامام الشاطبي : « كما يمنع من ذلك الفعل اذا لم يقصد غير الاضرار »[2] .

هذا ؛ ولعسر الكشف عن هذه النية؛ لانها أمر نفسي خفي ،اكتفوا بمظنة هذا القصد اذا دل على ذلك القرائن وظروف الاحوال ؛ فمن ذلك مثلاً ما ورد في حكم الوجهين الاول والرابع ، وهو ما اذا لم يتمحض القصد الى الاضرار ؛ بل اختلط بقصد نفع النفس ، ومظنة القصد الى الاضرار يدل عليها اصراره على استعمال حقه على وجه يلحق بغيره الضرر ، في حين أنه في امكانه أن يحصّل مصلحته من وجه آخر لا يستضر منها غيره ؛فيمنع من التعسف في استعمال حقه على الوجه الضار ؛ لانه لم يقصد ذلك الوجه الا للاضرار والتعسف ، والفرض أنه لا ضرر عليه في هذا الانتقال الى وجه آخر لا يلزم عنه مضرة؛ فيمنع من التعسف في هذه الحالة، كما يمنع اذا لم يقصد الا الاضرار ، فالحالتان ـ كما ترى ـ سواء في المنع .

ونضيف الى ذلك ، أن هذه القرينة في الدلالة على قصد الاضرار مجرد مثال ، وهناك قرائن كثيرة يمكن الاعتماد عليها في الكشف عن قصد الاضرار، كتفاهة المصلحة التي يريد تحقيقها ذو الحق بالقياس الى ما يترتب على فعله من أضرار فاحشة ؛ فهذه التفاهة مظنة لقصد الاضرار بغيره .

ثانياً ـ الباعث غير المشروع : فقد رأينا الامام « مالك »يمنع الفعل المأذون فيه اذا كثر القصد فيه الى تحقيق مصلحة غير مشروعة ، وذلك بالتحايل على قواعد الشرع،بتقديم امر ظاهر الجواز؛ لتحليل محرم ،كما في بيع « العينة » الذي يقصد به الحصول على الربا .

ولا خلاف بين الفقهاء في منع الفعل، وابطال التصرف ،اذا ظهر من الفرد

---

(١) راجع حكم الوجه الاول ، وراجع الموافقات جـ ٢ ص ٣٤٩ .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٤٩ – وقد ذكر ابن رجب من الحنابلة هذا المعيار صراحة في شرحه لحديث : « لاضرر ولا ضرار » حيث يقول : « ان لايكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير » .

قصدٌ الى المـآل الممنوع ، والخلاف فيما اذا لم يظهر عن طريق العبارة ، فالامام مالك ـ رحمه الله ـ يكتفي بالقرائن ، فبيع العينة ـ مثلاً ـ ينطوي على قرينة تدل على الباعث إلى تحقيق المصلحة غير المشروعة ، وهو فعل اللغو ، فهو باطل عنده لذلك ، خلافاً للشافعية .

ثالثاً - الموازنة بين النفع والضرر : توازن الشريعة - في حكمها على استعمال الفعل المأذون فيه - بين المصلحة التي يتوخاها ذو الحق ، والمفسدة التي تلزم عنه ، فاذا رجحت كفة الضرر منع الفعل ، لانه اصبح غير مشروع .

وهذا معيار للتعسف موضوعي مادي يعتمد الوقائع الخارجية بقطع النظر عن المقاصد والنيات .

جـ - مايستنتج من اوجه استعمال الحق مما يتعلق بتكييف التعسف :

يلاحظ أن احكام وجوه استعمال الحق لاينتظمها مفهوم التعدي عندالقدامى من الفقهاء ، أو المتأخرين ، لما يلي :

أولاً - ان اصل الفعل التعسفي مأذون فيه ، والتعدي يفترض وجود فعل غير مشروع أصلا .

ثانياً - على فرض اعتبار التعدي يتحقق بنية الاضرار ، أو التقصير والاهمال ، بقطع النظر عن مشروعية الفعل في الاصل - كما هو مفهومه عند المتـأخرين ، فإن من وجوه استعمال الحق الذي أوردها الامام الشاطبي ما افترض فيه انتفاء قصد الاضرار ، كما في تلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ، اذا ترتب عليه ضرر عام ، وكما افترض في الوجه السابع انتفاء العلم بلزوم المضرة او الاهمال في الاحتياط ، فلم يعتبر الدافع النفسي والبواعث الشخصية ، ولا حتى الاهمال والتقصير ، ومع ذلك منع الفعل ، فأين معيار التعدي هنا ؟ [١] .

---

(١) كتاب مالك للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ص ٤١٤ .

د - مايتعلق بوظيفة نظرية التعسف :

ان مبدأ سد الذرائع قائم على دفع ضرر متوقع، بتحريم التسبب فيه، والمنع من ممارسته ، وهذا هو الدور الوقائي الذي تقوم به نظرية التعسف ؛ اذ تحرِم صاحب الحق من ممارسته حقه على نحو تعسفي ؛توقياً من وقوع الضرر ، او الانحراف عن غاية الحق ؛ وبذلك تكون نظرية التعسف أوسع مجالاً من نظرية التعدي في الفقه الاسلامي ؛ **لان هذه الاخيرة لاتثور المسئولية فيها الا بعد وقوع الضرر** ، هـــذا بالاضافة الى دورها في معالجة ما يترتب على الاستعمال التعسفي حال وقوع الضرر فعلاً ؛ بترتيب المسئولية والجزاء بعد ان يقطع سببه ؛ حتى لا يستمر مستقبلا .

المطلب الثاني

القاعدة الثانية :

قاعدة الحيل

يقول الامام الشاطبي في تعريف الحيلة : « وحقيقتها : تقديم عمل ظاهر الجواز ؛ لابطال حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر[1] ، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع ، كالواهب ماله عند رأس الحول فراراً من الزكاة[2].. الخ ».

والاحتيال الذي يعتمد امراً ظاهر الجواز ؛ لتحقيق مصلحة غير مشروعة، بتحليل محرم أو اسقاط واجب ، هو عين التعسف ؛ لما فيه من مناقضة قصد المحتال

(١) موافقات ج ٤ ص ٢٠١ – الطرق الحكمية ، لابن قيم الجوزية ص ٢٨٢ .
(٢) موافقات ج ٤ ص ٢٠١ .

للقصد الشرعي ، **لان القصد غير الشرعي في الحيلة هادم للقصد الشرعي .**

وبيان وجه المناقضة ، أن الهبة التي ندب الشرع اليها ، المقصود بشرعيتها تطهير النفس من الشح ، وارفاق المساكين ، ومدّ يدِ العون الى الملهوفين ، أو مكافأة من أسدى العون ؛ توثيقاً لروابط المودة ؛ ولكن هبة المال قرب نهاية الحول - وهو تصرف في حق الملكية - فراراً من الزكاة واسقاطها ، فيها تقوية لرذيلة الشح ، وحرمان الفقراء من حقهم ، فمناقضة قصد الشارع في الهبة الصورية - كما ترى - ظاهرة .

على أن قصد الشارع في الهبة المشروعة كما بينا لاتنافي قصد الشارع في الزكاة؛ ولكن في الهبة الصورية التي اتخذت وسيلة لاسقاط واجب الزكاة ، مناقضته ظاهرة لقصد الشرع في **الهبة المشروعة والزكاة المفروضة** على سواء .

فالقصد غير الشرعي - كما يقول الامام الشاطبي- هادم للقصد الشرعي ، وأن التعسف في استعمال الحق الذي يقصد فيه معاندة الشارع وهدم قصده ، تعسفٌ من الطراز الاول .

وابن القيم يعتمد في ابطال الحيل على مبدأ هو : أن الاصل في الاحكام التعليل ، وانها شرعت لمصالح العباد في المعاش والمعاد ، فالاحتيال على تحليل المحرم ، او اسقاط الواجب ، مناقضة لقصد الشارع ، وتعطيل للمصالح وتحقيق للمفاسد.

ويقول ابن القيم : « ومما يدل على بطلان الحيل وتحريمها ، ان الله تعالى انما أوجب الواجبات ، وحرم المحرمات ، لما **تتضمن من مصالح عباده في معاشهم ومعادهم** .. فاذا احتال العبد على تحليل ماحرم الله ، واسقاط مافرض الله ، وتعطيل ماشرع الله ، كان ساعياً في دين الله بالفساد من وجوه :

أحدها : ابطالها ما في الأمر المحتال عليه من حكمة الشارع ، ونقض حكمته فيه ، ومناقضته له .

الثاني : ان المحتال به ليس له عنده حقيقة ، ولا هو مقصوده ؛ بل ولا

هو ظاهر المشروع،فالمشروع ليس مقصوداً له، والمقصود له هو المحرم نفسه[1]».

فابن القيم يعبّر عن التعسف بنقض حكمة الشارع او المناقضة لها ، او هو استعمال الحق في غير ما شرع له .

ويصور ابن القيم هذه المناقضة في الحيل بقوله :

« **وتجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضةظاهرة** : فان الشارع يسد الطريق الى المفاسد بكل ممكن ، والمحتال يفتح الطريق اليها بحيله ، فاين من يمنع الجائز خشية الوقوع في المحرم ، الى من يعمل الحيلة في التوصل اليه ؟[2]» .

ولقد تنبه بعض فقهاء الغرب المحدثين - جوسران – الى هذا المعنى ، وجعل التعسف هو « التحايل على غاية الحق »[3] .

بينما يقرر فقهاء الاسلام هذا المعنى منذ أمد بعيد ، ويفصّلون القول فيه بما لم يعهد في أي شريعة من الشرائع ، فالتحايل هو العمل المخالف لروح الحق، والغرض الاجتماعي او الاقتصادي الذي شرع من اجله .

والخلاصة : ان التحايل بأمور ظاهرة الجواز قصداً الى إبطال حكم شرعي، هو من صميم التعسف .

ويقيم ابن قيم الجوزية الدليل على ابطال الحيل بقوله (ص) :

« انما الأعمال بالنيات ، وانما لكل امرىء ما نوى » فيقول : إن الاعمال تابعة لمقاصدها ونياتها ، وأنه ليس للعبد من ظاهر قوله وعمله الا ما نواه وأبطنه، لا ما أعلنه وأظهره ، وهذا نص في أنّ من نوى التحليل[4] كان محللا ، ومن

---

(١) كما مر في مذهب مالك .

(٢) اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٤٠ وما بعدها .

(٣) روح الحقوق ونسبيتها – جوسران – نبذة ٢٩١ .

(٤) اي تحليل المطلقة ثلاثا الى زوجها المطلق عن طريق زواج صوري يسمى « نكاح التحليل » .

نوى الربا بعقد البيع كان مرابيا[1] .

واذا كان قصد المتحايل مناقضاً لقصد الشارع ، فليعامل بنقيض قصده ، وليُبطل عمله ولا ينفذ .

يقول ابن القيم : « ولكن الذي ندين الله به تحريمها – تحريم الحيل – وابطالها ، وعدم تنفيذها ، ومقابلة أربابها بنقيض مقصودهم ، موافقة لشرع الله وحكمته . . .[2] » .

ومن هنا استنبط الفقهاء « قاعدة الامور بمقاصدها » ، فلا بد من شرح هذه القاعدة ، والاصل الذي استندت اليه ، ووجه صلتها بنظرية التعسف .

الأمور بمقاصدها[3]

معنى هذه القاعدة : أن الأعمال مرتبطة بالنيات ومعتبرة بها ، فالنية هي الميزان الذي توزن به الاعمال وسائر التصرفات ، وهي المرجع في الحكم على الاعمال من حيث الحل والحرمة والصحة والفساد .

والأصل[4] في هذه القاعدة ، قول النبي صلى الله عليه وسلم : « إنما الاعمال بالنيات ، وانما لكل امرىء ما نوى[5] » .

قيل إن هذا الحديث يحتمل وجهين من المعنى :

الأول : « ان الاعمال واقعة بالنيات » فالحديث يخبر ان الاعمال لاتحدث الا بنية تدفع الى ايجادها ، وقوله ﷺ : « انما لكل امرىء ما نوى » اخبار

(١) اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٤٢/١٤٣ – راجع الادلة على ابطال الحيل .

(٢) اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٥٦ .

(٣) مجلة الاحكام العدلية / مادة / ٢

(٤) الدليل

(٥) رواه البخاري ومسلم .

عن حكم الشرع ، وهو ان العامل يناله ثواب او عقاب على ضوء من نيته صلاحاً وفسادا .

الثاني : ان « الاعمال صالحة او فاسدة او مقبولة أو مردودة ، او مثاب عليها،او غير مثاب عليها، بالنيات ، فيكون خبراً عن الحكم الشرعي،وهو أن صلاحها وفسادها بحسب صلاح النية وفسادها كقوله (ص) : انما الاعمال بالخواتيم ، أي أن صلاحها وفسادها ، وقبولها وعدمها بحسب الخاتمة[1] » .

ويقول ابن رجب : وقد استدل بقوله (ص) « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى » على أن العقود التي يقصد بها في الباطن التوصل الى ما هو محرم غير صحيحة ، كعقود البيوع التي يقصد بها معنى الربا ونحوها ، كما هو مذهب الامام مالك وأحمد وغيرهما ، فان هذا العقد انما نوى به الربا لا البيع ، « وانما لكل امرىء ما نوى »[2] .

قلنا : ان الحديث أصل لقاعدة « الامور بمقاصدها » وفي مجلة الاحكام العدلية شرح لهذه القاعدة كما يلي :

« ان الصور الحسية التي توجد في الخارج لأي أمر من الامور،لا تأخذ حكماًشرعياً بالاستناد الى محسوسيتها فقط ، بل للانضمام للمقصد والغرض الذي هو الحامل - الباعث - على ايقاع تلك الصورة واحداثها[3] » .

ولما كان القصد او الباعث يمثل المعيار الذاتي لنظرية التعسف ، كانت صلة القاعدة بالنظرية واضحة ، وأصبح لزاماً علينا ان تتناول بالبحث « فكرة الباعث » في الفقه الاسلامي ، وأثرها في العقود والتصرفات ، وآراء أئمة المذاهب في هذا الصدد .

---

(١) جامع العلوم والحكم ص ١٨ .

(٢) المرجع السابق - اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٤٢ وما بعدها .

(٣) شرح الادلة الاصلية على مجلة الاحكام العدلية - الجزء الاول - محمد سعيد مراد الغزى ص ٨ .

المطلب الثالث

الباعث في الفقه الإسلامي

كان للفقه الاسلامي فضل السبق في ارساء مبدأ «الرضائية في العقود» تأسيساً على احترام سلطان الارادة ، قبل أن تعرفه اوروبا بقرون ، ويقضي هذا المبدأ ، بأن يتم العقد ويُنتج آثاره بمجرد اتفاق إرادتين ، دون توقف على شيء من الاجراءات والمراسيم الشكلية .

غير أن هذه الارادة قد يحركها باعث ؛ لانشاء تصرف هو في ظاهره مستكمل لاركانه وشروطه الشرعية ، من توافر الايجاب والقبول ، وأهلية تامة للعاقدين ، ومحلية للعقد قابلة لحكمه ؛ لتحقيق اغراض غير مباشرة، تجاوز الحدودالاخلاقية ، او المصلحةالعامة ، أوبعبارة أخرى،تناقض مقاصدالتشريع .

فوقايةً من تعسف الارادة ، وما يؤول اليه طغيانها من تحقيق أغراض غير مشروعة ، أرست الشريعة فكرة الباعث كقيد يرد على تصرف الارادة ، او على مبدأ الرضائية ، حتى لاتناقض مقاصد التشريع فيما تنشيء من تصرفات هي في ظاهرها جائزة ؛ ولكن في تنفيذها - بالنظر الى ما تهدف اليه من غاية نهائية غير مباشرة - ما يمس المصلحة العامة ، او يهدم مقاصد التشريع .

تحديد معنى الباعث :

يقصد بالباعث : الدافع الذي يحرك ارادة المنشيء للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر .

والمقصود هنا ، الدافع الى تحقيق غرض غير مشروع ، يجاوز الحدود الاخلاقية ، او يمس المصلحة العامة أو يناقض مقاصد التشريع .

فعقد البيع مثلا من نتائجه المباشرة انتقال ملكية المبيع **للمشتري** ، وانتقال ملكية الثمن للبائع ، اما الغرض غير المباشر الذي يمكن أن يكون باعثاً لاحد المتعاقدين ، او لكليهما ، فنحو أن يبتغي المشتري اتخاذ المبيع لتحقيق غرض محرم ، كمن يشتري عنباً ليتخذه خمراً مثلا ، فاتخاذ عصير العنب خمراً باعث حمل المشتري على انشاء عقد البيع مع البائع ، وهو دافع - كما **نرى** - غير مشروع ؛ لانه يرمي الى تحقيق غرض يحرمه الشارع .

هذا ، والباعث - كما هو واضح - أمر نفسي ذاتي خفي وخارج عن نطاق التعاقد ؛ لانه ليس ركناً في التصرف داخلا في ماهيته ، ولا شرطاً يتوقف عليه وجوده ، واذا كان الباعث أمراً ذاتياً ، فهو متغير ، أي يختلف باختلاف الاشخاص.

إذن ، يمتاز الباعث بالخصائص الآتية : **بأنه ذاتي ، وخارج عن نطاق التعاقد ، وأنه متغير ، وهذه نتيجة لكونه أمراً نفسياً ذاتياً** [1] .

واذا تعددت البواعث فالعبرة عندئذ للباعث الرئيسي .

ففكرة الباعث إذن وسيلة لابطال التصرف الذي ظاهره الجواز ، ويقصد به الوصول الى أغراض وغايات محرمة ، وهو بهذا المعنى ينطبق على **الاحتيال** على قواعد الشرع الذي أشار اليه الامام الشاطبي في تعريفه للحيلة بقوله : « وحقيقتها تقديم **عمل ظاهر الجواز ؛ لابطال حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر الى حكم آخر** [2] » أي **من تحليل محرم او اسقاط واجب** ، وكلاهما مناقض لمقاصد التشريع . وقد بين الإمام الشاطبي هذه المناقضة بقوله : **« فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة** [3] **»** .

---

(١) الوسيط ج ١ ص ٤٥٧ للدكتور السنهوري .

(٢) الموافقات ج ٤ ص ٢٠١ .

(٣) المرجع السابق .

مكانة الباعث في الفقه الاسلامي

قدمنا أن الفقه الاسلامي ذو نزعة مثالية يقيم للعناصر الخلقية [1] والادبية المقام الاول في تشريعه ؛ لسبب بسيط ، **هو أنه فقه ديني الصبغة** ، وقد فصلنا القول في ذلك أثناء البحث في مثالية الفقه الاسلامي ، والدعامة الخلقية التي يقوم عليها ، وقد تظاهرت الآيات الكثيرة على توطيد ذلك ، من مثل قوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ، ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » وقوله تعالى : « إن الله يأمر بالعدل والإحسان » وقوله تعالى : « قل إنما حرم ربي الفواحش ماظهر منها وما بطن ، والإثم والبغي بغير الحق » وقوله تعالى في وصف ما جاء به الرسول عليه الصلاة والسلام من تشريع « يحلّ لهم الطيبات ، ويحرم عليهم الخبائث ، ويضع عنهم إصرهم ، والأغلال التي كانت عليهم . »

كل ذلك يقتضي أن يعتد بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها ؛ **فكان الفقه الاسلامي ذا نزعة ذاتية** .

غير أنه الى جانب ذلك ينزع نزعة **مادية موضوعية** ، تعتد بالعبارة الظاهرة في التصرفات ، بمعنى أن تمام التصرف وصحته وترتب آثاره عليه ، كل ذلك منوط بالكيان التعبيري للتصرف الذي تفصح عنه العبارة ، ومقتضى هذه النزعة ، ألا يعتد بما هو خارج عن نطاق التصرف من الامور النفسية الخفية كالبواعث ، وهو بهذه النزعة يقترب من الفقه الجرماني [2] ذي النزعة الموضوعية الذي لا يبحث فيما

(١) راجع الدعامة الخلقية في الفقه الاسلامي وأثرها في تقييد الحق ، ص ٨٨ وما بعدها.

(٢) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٥٣ للدكتور السنهوري – التصرف الارادي والارادة المنفردة ، ص ٩٠ وما بعدها – للاستاذ الشيخ علي الخفيف .

يتعلق بنشأة الالتزام أو صحته خارج نطاق العبارة المنشئة له ؛ فلا يبحث عن غايات نهائية ، وأغراض غير مباشرة خارجة عن النطاق التعبيري الفني الذي هو مظهرٌ للارادة ؛ بل هو الارادة .

وهذا النظر يضيق مجال فكرة الباعث وأثرها في التصرفات .

ويبين أستاذنا الدكتور السنهوري هاتين النزعتين في الفقه الاسلامي إذ يقول :

« على الرغم من أن الفقه الاسلامي — تجاه نظرية السبب — ذو نزعة موضوعية بارزة ، يعتد بالتعبير عن الارادة دون الارادة ذاتها ، أي بأخذ بمبدأ الارادة الظاهرة لا بمذهب الارادة الباطنة ، حتى كان أقرب في هذه الناحية من الفقه الجرماني ، إلا أنه من جهة أخرى فقه تتغلب فيه **العوامل الادبية والخلقية والدينية** ، وهذا يقتضي أن يعتد فيه بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها؛ فكان ينبغي أن يكون لنظرية السبب — وهي خلقية في المقام الاول — مكان ملحوظ يضاهي مكانها في الفقه اللاتيني [1] » .

وإذا كان الفقه الاسلامي — بحكم كونه ديني الصبغة — ينزع نزعة ذاتية ، تعتد بالبواعث والنوايا ، غير أنه لم يضع في أي مذهب من مذاهبه نظرية عامة للباعث ؛ ولكنه يورد التطبيقات التفصيلية ، ويمكن عن طريق تحليل هذه التطبيقات الفرعية وتأصيلها ، استخلاص نظريات عامة ، كنظرية الباعث مثلا .

---

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٤ ص ٥٣ للدكتور السنهوري .

أثر هاتين النزعتين في المناهج الفقهية

لاخلاف بين العلماء في أن الباعث غير المشروع إذا أسفر عنه التعبير في صلب العقد يبطله ؛ لاقترانه بشرط محظور محرم (١) .

أما إذا لم يتضمنه التعبير ، ولم يمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ضمناً ، ففي الاعتداد به خلاف بين الفقهاء .

فالحنابلة : يعتدون بالباعث ، ولو لم يتضمنه التعبير عن الارادة ، فاذا تبين أنه غير مشروع – ولو عن طريق القرائن – ابطل الالتزام ، ولم يترتب عليه أثر ؛ وبذلك يأخذ الحنابلة بالنزعة الذاتية .

أما الحنفية والشافعية : فقدذهبوا الى أنه لا اعتداد بالباعث غير المشروع مادام لم يتضمنه التعبير ، والتصرف صحيح ؛ بالنظر لسلامة كيانه الفني التعبيري ظاهراً ، من حيث هو تصرف مستكمل لاركانه وشروطه الشرعية .

فوجود التصرف الشرعي ، ووجوب تنفيذه ، منوطان شرعاً بصدور العبارة الصحيحة في صورتها الدالة عليه من أهلها ، ويقولون : إن نصوص الكتاب والسنة ؛ بل وعامة أحكام الشريعة تدل على ذلك .

هذا ، وقد قدمنا أن الحنفية يعتدون بالباعث اذا دل عليه طبيعة المحل ضمناً كما سيأتي .

فهذا الفريق لم يُفسح المجال أمام القضاء لتحري البواعث النفسية ، يحكم على ضوئها بصحة التصرف أو بطلانه ؛ بل يكتفى بالعبارة الظاهرة أو الارادة الظاهرة .

---

(١) التصرف الانفرادي والارادة المنفردة ص ٩٣ للاستاذ الشيخ علي الخفيف .

ونفصل القول في الباعث من وجهة نظر المذاهب الفقهية :

١ ـ مذهب الحنفية :

قلنا ان مذهب الحنفية لايعتد بالباعث الا اذا تضمنته صيغة العقد صراحة، او امكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ، فمن الأول ما جاء في الزيلعي : « ولا يجوز (الاستئجار) على الغناء والنوح والملاهي ؛ لأن المعصية لايتصور استحقاقها بالعقد ، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الاجر شيئا؛ اذ المبادلة لاتكون الا باستحقاق كل واحد منها على الآخر ، ولو استحق عليه المعصية، لكان ذلك مضافا الى الشارع، من حيث أنه شرع عقداً موجباً للمعصية، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً ... »[1] .

وفي الفتاوى الخانية : « رجل استأجر فحلا لينزى به ، لايجوز ذلك ،ولا أجر فيه ، وكذا النائحة والمغنية..وان استأجر المسلم ذمياً؛ لبيع الخمر أو الميتة أو الدم ، لم يجز ، لورود النهي عن ذلك »[2] .

وفي البدائع : « لاتجوز اجارة الاماء للزنا ؛ لانها إجارة على المعصية »[3].

وجاء في مختصر الطحاوي « ومن كان له عصير فلا بأس عليه في بيعه، **وليس عليه أن يقصد بذلك الى من يأمنه ان يتخذه خمراً دون من يخاف ذلك عليه ؛** لان العصير حلال ، فبيعه حلال ، كبيع ماسواه من الاشياء الحلال ، مما ليس على **بائعها الكشف** عما سيفعله **المشتري فيها** ، وانما جاز هذا العقد اذا لم يذكر فيه **صراحة ولا ضمناً** ، ان يتخذه المشتري خمرا ، فالبيع في هذه الحال صحيح، ولو اتخذه المشتري بعد ذلك خمرا »[4] .

---

(١) الزيلعي جـ ٥ ص ١٢٥ .

(٢) الفتاوى الخانية جـ ٢ ص ٣٢٢ .

(٣) البدائع جـ ٤ ص ١٩٠ .

(٤) ص ٢٨٠ .

وهكذا نرى المذهب الحنفي **لايعتد الا بمشروعية محل العقد** ، مادام لم يرد في صيغته ، او لم يمكن ان يستخلص من محل العقد مايسفر عن الباعث صراحة أو ضمنا .

هذا ، وعلماء الحنفية مجمعون على أنه لا يجوز التعاون على الاثم والمعصية ؛ ولكن الخلاف بين الامام وصاحبيه فيما تقوم به المعصية ، فالامام يرى أن الباعث مادام لايوجد مايسفر عنه صراحة لايعتد به ، فلينظر الى محل العقد ؛ فاذا قامت المعصية بذاته ؛ فلا يجوز العقد عندئذ ، اما اذا لم تقم المعصية بعينه ، فيجوز .

أما الصاحبان فقد جاوزا المحل ، ونظرا الى الباعث غير المشروع ، وقالا **بالكراهة** ، كما في التحايل على اسقاط الشفعة ، وكما في بيع العينة .

جاء في الاختيار [1] : « **وتكره الحيلة** في اسقاط الشفعة قبل وجوبها عند أبي يوسف ؛ لانه منع من وجوب الحق ، ويكره عند محمد ؛ لانها شرعت لدفع الضرر ، والحيلة في اسقاط الزكاة على هذا » .

فتعليل الإمام محمد صريح **بأن الكراهية للتعسف** ؛ لان في اسقاط الشفعة منافاة لقصد الشارع ؛ فاذا شرعت الشفعة لدفع الضرر ، فاسقاطها عن طريق التحايل بأمر ظاهر الجواز يفضي الى الاضرار ، وهو مناقضة لقصد الشارع ، وكذلك اسقاط الزكاة .

وبوجه عام ، فان المذهب الحنفي لا يقيم كبير وزن للباعث غير المشروع بعد ان يكون محل العقد مشروعا ، لا تقوم معصية بذاته ، فمن ذلك ما جاء في الزيلعي :

« وجاز بيع العصير من خمار ؛ لان المعصية لا تقوم بعينه ؛ بل بعد تغيره ، بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة ، لأن المعصية تقوم بعينه ، فيكون إعانة لهم وتسببا ، **وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية** ؛ ولأن

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ج ٢ ص ٦٨ .

العصير يصلح لاشياء كلها جائز شرعا ، فيكون الفساد الى اختياره » .

فالنص صريح في أن العبرة **بمحل العقد** ، ولا ينظر الى الباعث غير المشروع ، ولو قامت القرائن على وجوده ، فكون المشتري خماراً قرينة قوية في الدلالة على الباعث غير المشروع ، وهو اتخاذه خمراً ، ومع ذلك ، لم يتلفت اليه . لا يقال ان السلاح في ذاته ليس بمعصية فلم يأخذ حكم العصير ، قلنا لأنه امكن استخلاص الباعث من طبيعته ؛ ولانه تعين طريقاً للمعصية في هذه الحال .

ويعتد بالباعث غير المشروع في المذهب الحنفي اذا نص عليه صراحة على سبيل **الشرط** ، فيبطل العقد ، من ذلك ما جاء في ابن عابدين : « لا تصح الاجارة لاجل المعاصي ، مثل الغناء والنوح والملاهي ، **ولو أخذ بلا شرط يباح**»[1] .

ويورد الامام الكاساني تطبيقات فيها يمكن استخلاص الباعث غير المشروع من طبيعة محل العقد ، وحكمها عدم الجواز ، منها ما جاء في البدائع : «وأما القرد ـ أي شراء القرد ـ فعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان في جوازه وعدم جوازه ، وجه رواية عدم جوازه ، أنه غير منتفع به شرعاً ؛ فلا يكون مالاً كالخنزير ، ووجه رواية الجواز ، أنه إن لم يكن منتفعاً به بذاته يمكن الانتفاع بجلده ؛ فكان بالنظر الى جلده مالاً ، وجاز لذلك شراؤه ، والصحيح عدم الجواز ؛ لأنه لا يشترى للانتفاع بجلده عادةً ؛ بل للهو به ، وهو حرام ؛ فكان هذا بيع الحرام للحرام ، وأنه لا يجوز » .

٢ – مذهب الامام الشافعي :

يأخذ الامام الشافعي – رحمه الله – **بالنزعة الموضوعية** ، فيذهب الى أن العقود والالتزامات لا تؤثر فيها البواعث النفسية الخفية ، «فالسبب هو الايجاب

---

(١) رد المحتار ، جـ ٥ ص ٣٥ – ٣٦ .

والقبول ، وهما تامان ، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها ، ومحلية العقد قابلة ؛ فلم يبق الا القصد المقرون بالعقد – أي الباعث – ولا تأثير له في بطلان الاسباب الظاهرة[1] ؛ **لان الباعث لايؤثر في اقتضاء السبب حكمه** » .

يقول في كتابه الأم :

« أصل ما أذهب اليه ، أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر ، لم أبطله بتهمة ، ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية اذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشترى السيف على أن يقتل به ، **ولا يحرم على بائعه أن يبيعه** ، ممن يراه أنه يقتل به ظلماً ؛ **لأنه قد لايقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع** ، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً ، ولا أفسد عليه البيع اذا باعه إياه ؛ **لأنه باعه حلالاً ، وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً** ، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً . ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي الا يمسكها إلا يوماً أو أقل او أكثر **لم أفسد النكاح ؛ وانما أفسده أبداً بالعقد الفاسد** »[2] .

وهكذا يفسر الامام الشافعي الشريعة تفسيراً مادياً على **الظاهر** لا على ما بطن[3] .

ويقول في موضع آخر : « غير أنها اذا عقدا النكاح مطلقاً لا شرط فيه ؛ فالنكاح ثابت ولا تُفسد النية من النكاح شيئاً ؛ لأن النية حديث نفس ، وقد وُضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم ، وقد ينوي الشيء ولا يفعله ، وينويه ويفعله ، فيكون الفعل حادثاً غير النية ، كذلك لو نكحها ونيته ونيتها ، أو نية احدهما دون الآخر ، أن لا يمسكها إلا قدر ما يصيبها ، فيحللها لزوجها ،

---

(١) إعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٧٢ – ١٧٣ .

(٢) الام للشافعي جـ ٣ ص ٦٥ .

(٣) الشافعي للاستاذ الشيخ ابي زهرة ص ٣١٧ – ٣١٨ .

ثبت النكاح ... ما لم يقع النكاح بشرط يفسده»[1] .

وهذه النصوص تدل صراحة على تشدد الامام الشافعي في تمسكه بالظاهر «فهو لا يحكم على العقود من حيث آثارها وأوصافها بحسب أغراض المتعاقدين ودوافعها التي لا تذكر وقت العقد ، وإن كانت بيّنة من أحوالها»[2] «فلا يعتد إلا بصيغة العقد وما تضمنته عبارته ، ولا يلتفت الى القرائن وملابسات الأحوال ، ولو كانت تدل دلالة قويةعلى أنه اتخذ ذريعة لأمر محرم ؛ بل يحكم بصحة العقد» وفي هذا يقول الامام الشافعي : «يبطل حكم الازكان من الذرائع في البيوع وغيرها ، ويحكم بصحة العقد [3] ».

٣ــ مذهب الامام احمد :

يأخذ الامام احمد بالنزعة الذاتية ، فيعتد بالباعث غير المشروع ، ولو لم تتضمنه صيغة العقد ؛ فاذا تبين ذلك أبطل به العقد ، مادام قد اتخذ العقد وسيلة الى أمر غير مشروع ؛ لأن في تنفيذه اعانة على المعصية والعدوان ، وذلك منهي عنه بالنص .

ولا يشترط – لإبطال التصرف في العقود ، اذا تبين أن الباعث عليه غير مشروع – سوى علم الطرف الآخر بهذا الباعث **ضماناً لاستقرار التعامل** .

ويقول ابن القيم : «القصد روح العقد ومصححه ومبطله ؛ فاعتبار القصود في العقود أولى من اعتبار الالفاظ ؛ فان الالفاظ مقصودة لغيرها ، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها ، فاذا أُلغيت ، واعتبرت الالفاظ التي لا تراد لنفسها، **كان هذا الغاءً لما يجب اعتباره ، واعتباراً لما يجب الغاؤه** »[4] .

---

(١) الام جـ٥ ص ٧١ .

(٢) الشافعي ص ٣١٧ وما بعدها للاستاذ الشيخ ابي زهرة .

(٣) الام جـ : ص ٤٢ — و ٧ ص ٢٦٨ و جـ ٦ ص ١٩٩ .

(٤) اعلام الموقعين جـ ٣ ص ٨٢ .

ويقول في موضع آخر مؤكداً إعمال البواعث في التصرفات ، وأن ذلك من قواعد الشريعة التي لا يجوز هدمها .

« وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها ، أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبادات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً أو صحيحاً أو فاسداً »[1] .

صلة فكرة الباعث بنظرية التعسف في المعاوضات

رأينا أن فكرة الباعث قد أخذ بأصلها جميع الفقهاء ، وانحصر اختلافهم فيما يتحقق به التذرع الى الغرض المحرم ، أي في **المناط الذي يتحقق به التحايل** على قواعد الشرع ، ونشأ عن ذلك نزعتان إحداهما مادية موضوعية ، لا تعتد بالباعث الا اذا ورد في صيغة العقد ، ودلت عليه العبارة الظاهرة ، او أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ، والأخرى ذاتية تعتد به ، ولو لم تتضمنه صيغة العقد ، اكتفاءً بالقرائن الدالة عليه .

ومن أجل هذا ، كانت فكرة الباعث عند **الذاتيين** خصبة مثمرة ، تقيد الارادة في كل تصرف ؛ لتحافظ على مقصود الشرع ، ونظرية التعسف في استعمال الحق ليست الا تطبيقاً لفكرة الباعث في بعض معاييرها[2] .

مرونة الباعث وضابطه :

على أن الباعث بما هو عامل نفسي ذاتي – يختلف باختلاف الاشخاص ،

---

(١) المرجع السابق ص ٨٤ .

(٢) ومن جوانب نظرية التعسف التي لا تحكمها فكرة الباعث الاضرار الفاحشة التي تلحق بالجار ، والتي تلزم عن استعمال حق الملكية بقطع النظر عن قصد احداثها .

وبما هو أمر خارج عن نطاق التعاقد ، لا بد من ضابط له ، حتى لا يكون سبباً في تزعزع المعاملات وعدم استقرارها .

ولذا رأينا الفقهاء مختلفين في ضبطه ، فمنهم من اشترط أن يكون منصوصاً عليه في صلب العقد ، وهم الشافعية والحنفية كما رأينا . ومنهم من لم يشترط ذلك ؛ بل اكتفى بعلم المتعاقد الآخر به ، او بوجود **قرائن** يفترض معها هـذا العلم . وهذا هو مذهب الحنابلة والمالكية ، ومنهم **من** اكتفى بمظنة الباعث البعيدة ؛ فلم يشترط وجود الباعث غير المشروع في كل معاملة من المعاملات التي يكثر فيها هذا القصد ، **اكتفاء بالكثرة دون غلبة الظن ، عملا بالاحتياط الذي يوجب اعتبار هذه الكثرة في مرتبة الامور الظنية الغالبة**[1] كما قدمنا.

اشتراط علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع في المعاوضات :

غير أن إعمال الباعث غير المشروع على هذا النحو في المذهب الحنبلي يُفضي الى زعزعة التعـامل ؛ فكل متعاقد بوسعه أن يدعى الباعث غير المشروع ؛ لابطال التصرف ؛ لذا ؛ وضماناً لاستقرار التعامل ، اشترط **علم الطرف الآخر** بالباعث غير المشروع ، او ان يكون بحيث **يفترض فيه** هذا العلم .

وجاء في **كشاف القناع** :

« ولا - اي لا يصح — بيع سلاح ونحوه في فتنة ، أو لأهل الحرب ، أو لقطاع طريق ، **اذا علم البائع ذلك من مشتريه ، ولو بقرائن** ؛ لقوله تعالى: «ولا **تعاونوا** على الاثم والعدوان » ويصح بيع السلاح لاهل العدل ، لقتال البغاة ،

---

(١) وهذا هو رأي الامام مالك ؛توسعاً منه في اعمال الباعث غير المشروع، باعتبار وجود مظنته البعيدة — الموافقات جـ ٢ ص ٣٦١ وما بعدها .

وقتال قطاع الطريق ؛ لان ذلك معونة على البر والتقوى[1] ».

وجاء فيه أيضا « ولا يصح بيع ماقصد به الحرام ، كعنب وعصير لمتخذها خمراً ، وكذا زبيب ونحوه[2] ».

وفي المغني لابن قدامه :

« وبيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل » .

« وجملة ذلك ان بيع العصير لمن يعتقد انه يتخذه خمراً حرام. ولنا قول الله تعالى : « ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » وهذا نهي يقتضي التحريم » .

« وروي عن النبي ﷺ: انه لعن في الخمر عشرة ؛ ولانه يعقد عليها لمن يعلم انه يريدها للمعصية ، فأشبه اجارة امته لمن يعلم انه يزني بها ، والآية[3] مخصوصة بصور كثيرة ، فيخص منها محل النزاع بدليلنـــا . وقولهم تمّ البيع بشروطه واركانه ، قلنا لكن وجد المانع منه » .

« اذا ثبت هذا ، فانما يحرم البيع ويبطل اذا علم البائع قصد المشتري ذلك ، إما بقوله ، وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك»[4] .

فأما إن كان الأمر محتملاً ، مثل ان يشتريها من لا يعلم حاله ، او من يعمل الخل والخمر معاً ، ولم يلفظ بما يدل على ارادة الخمر ، فالبيع جائز ، وإذا ثبت

---

(١) كشاف القناع جـ ٣ ص ١٤٦ .

– انظر كيف يجعل فقهاء الحنابلة من قولة تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان »قاعدة عامة تتقيد بها الحقوق سلباً وايجاباً ، كما يجعلونها قيداً يرد على العمومات ؛ تحرياً لمقصد الشارع ، ويحتكمون اليها في خلافهم مع غيرهم من فقهاء المذاهب الاخرى .

(٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ١٤٦ .

(٣) اي قوله تعالى « واحل الله البيع وحرم الربا » وهي الآية التي تمسك بها اصحاب النزعة الموضوعية في تصحيح العقد اذا لم يرد في صيغة العقد مايدل عليه .

(٤) المغنى جـ ٤ ص ٢٢٣ لابن قدامة – راجع اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٣٨ – ص ١٣٩ لابن قيم الجوزية .

التخمير فالبيع باطل . وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام، كبيع السلاح لاهل الحرب ، او لقطاع الطريق ، أو في الفتنة ، وبيع الامة للغناء، او اجارتها كذلك ، أو اجارة داره لبيع الخمر فيها ؛ أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك ، **فهذا حرام والعقد باطل** لما قدمنا » .

« وقد نص الإمام أحمد على مسائل نبّه بها على ذلك ؛ فقال في القصاب والخباز: **«اذا علم** أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه ، ومن **يخترط** الاقداح لا يبيعها ممن يشرب فيها ، ونهى عن بيع الديباج للرجال ، ولا **بأس** ببيعه للنساء : وروي عنه « لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار » .

« وعلى قياسه البيض ، فيكون بيع ذلك كله باطلاً[1] » .

٤ـ المذهب المالكي :

جاء في الموافقات للامام الشاطبي « ان الاعمال بالنيات ، والمقاصد معتبرة في التصرفات من **العبادات والعادات**[2] » وأورد الادلة من الكتاب والسنة والمعقول على هذا الأصل .

وقدمنا ، أن الامام مالك يُعمل الباعث غير المشروع في التصرف، فيبطله اذا تبين، او قامت مظنته ؛ بل ذهب الى اعتبار ما يؤدي اليه التصرف من المحظور في الكثرة من الاحوال ، ولو لم يصل اداؤه للمفسدة في الغالب من الظن ، فضلاً عن القطع ــ مظنة للباعث غير المشروع ؛ عملاً بالاحتياط والتحرز عن الفساد ؛ لان الشريعة قامت على الأخذ بالحزم والاحتياط[3] .

جاء في التبصرة لابن فرحون في مسائل البيوع :

---

(١) المغني جـ ٤ ص ٢٢٣ لابن قدامة - كشاف القناع ص ١٤٦ جـ ٣ .

(٢) جـ ٢ ص ٣٢٤ .

(٣) الموافقات جـ ٢ ص ٣٢٣ للشاطبي ، وراجع كتاب مالك ص ٤١٢ للاستاذ الشيخ ابي زهرة .

« ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب ، يعني من الحربيين ، ويلحق بذلك بيع الخشب لمن يعمل منها صليباً ، وبيع الدار لمن يعملها كنيسة ، والعنب لمن يعصره خمراً »[1] .

ويقول في مؤيد هذا المنع : « **ويؤدب من يبيع آلات اللهو ، ويفسخ البيع** ، ويكسر ، ويؤدب أهل ذلك »[2] .

غير أن الباعث غير المشروع اذا اقتضى المنع في مذهب المالكية ؛ لكن يبدو أن العقد ينعقد ثم يفسخ ؛ درء للمفسدة ، كما جاء في النص السابق عن التبصرة .

هذا ، وجاء في الحطاب : « بيع العنب لمن يعصره خمراً ، وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها **غير جائز** »[3] .

فهذا النص **يقضي ببطلان الالتزام** ، بينما النص السابق **لا يجيز استدامة آثاره** ؛ لما يترتب عليه من مفاسد وآثام .

وجاء في المدونة : « وكذا بيع الخشبة لمن يستعملها صليباً ، وبيع العنب لمن يعصره خمراً **على أحد قولين** . كما يحرم بيع السلاح **لمن يعلم** انه يريد به قطع الطريق على المسلمين ، أو إثارة الفتنة بينهم ، كما لا يجوز في مذهب مالك بيع الجارية المملوكة من قوم عاصين يتسامحون في الفساد ، وعدم الغيرة ، وهم آكلون للحرام ، ويطعمونها منه »[4] .

وفي الشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه :

« **ويمنع بيع** كل شيء علم ان المشتري قصد به امراً لا يجوز ، كبيع جارية لأهل الفساد ، وبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة ، وبيع خشبة لمن يصنعها

---

(١) التبصرة جـ ٢ ص ١٤٧ لابن فرحون .

(٢) المرجع السابق .

(٣) شرح الحطاب جـ ٣ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤ .

(٤) جـ ٤ ص ٢٥٣ و ٢٥٤ .

صليباً ، وبيع العنب لمن يعصره خمراً ، والنحاس لمن يتخذه ناقوساً، وكذا يمنع ان تباع آلة الحرب للحربيين ، كسلاح أو كراع وسرج وكل ما يتقوون به في الحرب ، من نحاس أو خباء أو ماعون ، ويجبرون على اخراج ذلك من ملكهم، ولا يفسخ البيع » .

وقال ابن رشد: « والخلاف في هذا مقيد بما اذا علم البائع ان المشتري يفعل ذلك ، أما اذا لم يعلم ، ثم ظهر أنه يفعل ذلك، فان البيع لا يفسخ بلا خلاف ، ولكن يجبر المشتري على اخراجه من ملكه ببيع ونحوه » .

يستخلص من هذه النصوص فيما يتعلق بإعمال الباعث غير المشروع في المعاوضات عند المالكية وجهتان من النظر :

الأولى – ان العقد لا ينعقد بتأثير الباعث غير المشروع الا اذا علم من الطرف الآخر كما جاء في الحطاب .

الثانية – ان العقد ينعقد ولكنه واجب الفسخ ، اذا لم يعلم البائع بقصد المشتري ؛ بل يجبر هذا على اخراجه من ملكه ، فآراء الفقهاء في هذا المذهب تتردد بين الاخذ بالنزعة الموضوعية والذاتية ؛ ولكنا نرجح ان المذهب المالكي أميل الى الاخذ بالنظرية الذاتية لما يلي :

اولاً : ان المحققين من أصوليي المذهب المالكي ،قد حملوا لواء النزعة الذاتية، وأفاضوا القول فيها ،وأقاموا الادلة على أصالة هذا المبدأ في الشريعة ، وهو الذي يتفق ومقاصدها الاساسية ، ولم يقصروا أثر القصود على العبادات ،بل برهنوا على شمول هذا الأثر للعادات والمعاملات ،وأوجبوا – ليكون التصرف سليما نافذاً – ان يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع ،ويقصدون بالقصد هنا مايشمل الباعث ، يرشدنا الى هذا ،اقامتهم الادلة على ابطال نكاح التحليل، الى جانب إقامتهم الحجج على ابطال بيوع الآجال التي يقصد بها تحقيق الربا ، كما في بيع العينة ، وبينوا مناقضة قصد الشارع في التحايل على اسقاط الزكاة عن طريق الهبة قرب نهاية الحول ؛ وعلى هذا ، فقد شمل إعمال الباعث غير المشروع نكاح

التحليل ، وعقود المعاوضات والتبرعات على سواء[1] .

ثانياً : إن المذهب المالكي ،هو اكثر المذاهب الفقهية توسعاً في تطبيق مبدأ الذرائع[2] ، وهو مبدأ يتجه اتجاهين :

الأول : اتجاه الى الباعث على التصرف .

الثاني : اتجاه الى مآل التصرف .

فكيف يتفق القول بأنه مذهب موضوعي النزعة ، مع اعتباره مبدأ سد الذرائع أصلاً هاماً لاستنباط الاحكام في فقهه ؛ حتى صار يعرف فقهه به .

ثالثاً : على ان الامام مالك ـ رحمه الله ـ قد قال ببطلان بيع العينة ، ولو لم يكن قد توفر الباعث لدى المتعاقدين او احدهما ، واكتفى **بالمظنة البعيدة لهذا الباعث** ، ، وهي افضاء هذه المعاملة في كثير من الاحوال الى امر محرم ، وهو الربا ، حتى ولو لم تبلغ هذه الكثرة مرتبة الامور الغالبة على الظن ، اذا ثبت هذا ، فلأن يقول ببطلان التصرفات التي توافر فيها الباعث بدلالة القرائن من باب أولى .

كذلك قال بتوريث كل مبانة في مرض الموت ، ولو لم يتبين له الباعث غير المشروع في كل حادثة على حدة ، وهو حرمانها من الارث ، اكتفاء بهذه المظنة ، وهي مرض الموت ؛ اعداما لهذا التصرف في ذاته في هذا الظرف ؛ سداً للذريعة ؛ واحتياطا لدرء المفسدة ؛ وتطبيقاً لنظرية التعسف في اوسع مدى .

فكرة الباعث وضابطه في التبرعات

اتفق الفقهاء على ان عبارة المتبرع اذا تضمنت مايدل على ان الباعث عليه امر محظور ، **لاينشأ الالتزام ؛ لانه التزام محرم ، وكل محرم باطل** .

فالوصية لجهة محظورة ، كالوصية بمال يشتري به خمراً ، أو للنواح ، أو كالوصية

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٢٣ و ص ٣٣١ و ص ٣٣٣ وما بعدها .

(٢) الموافقات جـ ٤ ص ٢٠٠ وما بعدها .

لمعابد الوثنيين[1] باطلة ؛ لان هذا الالتزام الانفرادي تمحض شراً، فيكون باطلا.

أما اذا لم تتضمنه العبارة ، فيجري فيه الخلاف الذي جرى في عقود المعاوضات، على ما بينا آنفا .

غير انه فيما يتعلق بضابط الباعث غير المشروع في التبرعات ، لايشترط فيه وجوب علم الطرف الآخر به ، كما في العقود ذات الطرفين ؛ بل لا يتصور اشتراطه ؛ لان التبرع التزام انفرادي من طرف واحد ، وليس له طرف آخر تتوقف نشأته عليه .

ومن ذلك ايضاً وصية **الضرار** ؛ فاذا تبين ان الموصي يقصد بوصيته الإضرار بورثته ، بطلت وصيته ؛ لان الاضرار بالورثة امر محرم محظور .

فاذا ماصدرت وصية مثلًا ، وجب البحث عن الباعث الذي دفع الموصي الى الايصاء ، وذلك بالنظر فيما اشترطه ، وما صدر عنه من اقوال ، وما احتف بالتصرف من قرائن ، فاذا تبين ان الباعث مناف لمقاصد الشرع ، كانت الوصية باطلة ، واذا كثرت البواعث فالمعوّل عليه هو الباعث الرئيسي .

وكذلك هبة المال قرب نهاية الحول ؛ لإسقاط الزكاة ، باطلة[2] ؛ لان الباعث عليها مناقض لقصد الشارع .

ومع ذلك ، اذا كان التبرع موجهاً الى شخص معلوم ، لزم أن يكون بحيث يستطيع ان يعلم بذلك الباعث ، وان لم يكن عالماً به فعلا[3] ، كما في اهداء المقترض الى المقرض ، اذا لم تجر له بذلك عادة .

---

(١) المغني ج ٦ ص ٣٣١ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٨٥ — ص ٣٨٦ .

(٣) التصرف الانفرادي ص ١١١ للاستاذ الشيخ علي الخفيف .

فكرة الباعث وضابطه في القانون

لم تقتصر خصوبة هذه الفكرة على القانون المدني ، او القانون الخاص بوجه عام ، بل شملت القانون العام ايضاً ، ومن هنا نشأت نظرية **التعسف في استعمال السلطة** ، وهي التي بنى على غرارها نظرية التعسف في استعمال الحق في **القانون المدني**.

هذا ، ومن الممكن ان تنسحب نظرية التعسف على استعمال **السلطة التشريعية** فتنطبق احكامها عليها ، وعلى هذا لايقتصر العيب في التشريع على مجرد مخالفته للدستور فحسب ؛ بل قد يكون التشريع منطويا على تعسف اذا كان تحت ستار قاعدة عامة مجردة ، في حين انه لاينطبق في الواقع الا حالة فردية ذاتية[1] .

اما ضابط الباعث غير المشروع في القانون ، فقد اختلف فيه رجال **الفقه** القانوني ، وقبل أن نعرض لذلك ، نقرر انه لايجوز بداهة ـ سواء في الفقه الاسلامي ام في القانون ـ الاعتداد بالباعث غير المشروع اذا كان مجهولاً من الطرف الآخر ؛ اذ لابد ان **يتصل** علم **المتعاقد الآخر** بهذا الباعث حتى يبطل التصرف . فذهب « **كابيتان** » إلى انه يشترط ان يكون ثمة **اتفاق** بين المتعاقدين على هذا الباعث غير المشروع ، بينما يكتفي القضاء الفرنسي **بمرتبة العلم**[2] .

اما الفقه الفرنسي فيميز بين المعاوضات والتبرعات .

فيرى « **جوسران** »[1] أنه يكتفي **بالعلم** في المعاوضات دون التبرعات ، وذلك لأن التبرعات يسيطر فيها **ارادة المتبرع وحده** على التصرف ، فيكتفي

---

(١) الوسيط ج ١ ص ٥٧ ؛ للدكتور السنهوري .

(٢) المرجع السابق .

بالوقوف عندها ، سواء في ذلك الهبة التي لابد ان يتم فيها التبرع بتقابل ارادتين ، ام بارادة واحدة ، كالوصية ، وعلى ذلك يعتد بالباعث الذي دفع المتبرع ، سواء أكان معلوماً من الطرف الآخر أم كان مجهولا .

وهذا الرأي قريب من الرأي الذي أخذ به **الحنابلة والمالكية** في وصية الضرار .

اما « **بوجيزان** »[2] فيرى انه لابد من **المساهمة** ، اي ان يسهم الفريقان في تحقيق الغرض غير المشروع الذي يرمي اليه الباعث ، اي لابد ان يكون من الطرف الآخر **عمل ايجابي** ، وذلك كالمرابي الذي يمكّن المقترض الذي يقامر بالمال من هذا الاقتراض ، ولا يكتفي بالعلم ؛ لانه امر سلبي .

وقد رأينا ان الفقه الاسلامي يكتفي في إعمال الباعث غير المشروع في بطلان عقود المعاوضات بمجرد العلم او افتراضه او مظنته البعيدة ؛ فكان بذلك اكثر خصوبة ، واوسع مجالاً في تطبيق فكرة الباعث التي هي بدورها تطبيق لنظرية التعسف في معظم جوانبها .

أما فيما يتعلق بالباعث في التبرعات ، فلا يشترط علم الطرف الآخر ؛ لأن الالتزام ينشأ بارادة منفردة ، ولا يتوقف في نشأته على ارادة طرف آخر ، ومع ذلك اذا كان موجهاً الى **شخص معلوم** ، لزم أن يكون ذلك الشخص بحيث يستطيع ان يعلم به .

---

(١) الوسيط جـ ١ ص ٤٥٧ للسنهوري .

(٢) المرجع السابق .

المطلب الرابع

القاعدة الثالثة :

الضـــــرر يزال[1]

أصل هذه القاعدة قول النبي ﷺ « **لاضرر ولا ضرار** »[2] .

والضرر المنهي عنه في الحديث ، إما ان يكون **واقعاً او متوقعاً** .

فاذا كان واقعاً ، فهو غير مشروع الابقاء ، فتجب ازالته ، سواء أكان ناشئاً عن فعل غير مشروع في الاصل ، أم عن فعل مشروع[3] .

وان كان متوقعاً ، وجب دفعة ؛ لان دفــع الضرر قبل الوقوع أولى من رفعه وازالته بعــد الوقوع ؛ ولذا وضع الفقهاء قاعدة : «**يدفع الضرر بقدر الامكان**[4]» .

---

(١) مجلة الاحكام العدلية – مادة/٢٠ .

(٢) راجع سند هذا الحديث في جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٢٦٥ – وراجع تفصيل القول فيه ، وما استنبط منه من احكام تتصل بنظرية التعسف ، الادلة على ثبوت النظرية من السنة – ووراجع غمز عيون البصائر على الاشباه والنظائر لابن نجيم جـ ١ ص ١٢٠ .

– والاشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٥ وما بعدها .

(٣) راجع جامع العلوم والحكم ص ٢٦٥ وما بعدها ،حيث أتى بأمثلة تطبيقية لحديث « لاضرر ولا ضرار » كلها من باب استعمال الحق او الاباحة الذي يترتب عليه ضرر لاحق بالغير .

(٤) سيأتي شرح هذه القاعدة .

ولمـــا كان دفع الضرر او ازالته قد لا يتأتى الا بحدوث ضرر آخر ، فان التعارض بينهما واقع ، أي يتعارض الضرر المراد دفعه او ازالته مع الضرر الناشيء عنها ، ولذا وضع الفقهاء احكاماً لذلك فقالوا :

ان الضرر الذي يراد دفعه او ازالته ، إما عام او خاص ، فان كان خاصاً، فامـا ان يكون أشد او أخف او مماثلا ، ثم وضعوا لكل حـال قاعدة ، وان كان عاماً وجب دفعه وتفرعت من هذه القاعدة القواعد الآتية :

« يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » و « الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف » و « اذا تعارض مفسدتان ارتكب أخفهما لدفع أشدهما . و « درء المفاسد مقدم على جلب المصالح » .

وسنشرح هذه القواعد بايجاز ، لنبيّن مدى صلتها بنظرية التعسف ، ونورد امثلة مما جاء في كتب الفقه تطبيقاً لها [1] .

والواقع أن قاعدة « الضرر يزال » لتعتبر مبدأ محكماً تكفلت الشريعة بتطبيقه في جميع أبواب الفقه ، وتدور عليها احكام نظرية التعسف ، كما تعتبر توثيقاً لمبدأ « **المصلحة** » في الشرع .

ومن فروعها :

الحجر على السفيه او المفلس ،وفي هذا يقول الامام العز بن عبد السلام :
« اذا اجتمعت مصالح ومفاسد ، فان امكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد ، فعلنا ذلك ؛ امتثالا لأمر الله تعالى فيها ؛ لقوله تعالى : « فاتقوا الله ما استطعتم » .

« وان تعذر الدرء والتحصيل ، فان كانت المفسدة أعظم من المصلحة ، درأنا المفسدة ، ولا نبالي بفوات المصلحة – قال الله تعالى : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ، ومنافع للناس ، وإثمهما اكبر من نفعهما »

---

(١) راجع الاشباه والنظائر للسيوطي فيما اورد من فروع على هذه القاعدة ص ٧٥ ومابعدها وراجع غمز عيون البصائر للحموي ، على الإشباه والنظائر ،لابن نجيم ص ١٢٠ وما بعدها .

حرمها – اي الخمر والميسر – لان مفسدتها اكبر من منفعتها »[1].

« فالحجر على المفلس مفسدة في حقه ؛ ولكنه ثبت تقديماً لمصلحة الغرماء على مفسدة الحجر ، وان شئت قلت ؛ تقديماً لمصلحة غرمائه على مصلحته في الاطلاق ، بخلاف الانفاق عليه وعلى أهله الى يوم قضاء الدّين ، فان مصلحته بالكسوة والانفاق ومصلحة من يلزمه نفقته ، مقدمة على مصالح غرمائه »[2].

ويرى الإمام العز بن عبد السلام : ان في تعدد الزوجات دفعاً لضرر أشد حيث يقول :

« تزوج الضرات بعقد او عقود مفسدة ، لما فيه من الاضرار بالزوجات ؛ لكنه جاز ان تضر كل واحدة منهن بثلاث ؛ نظراً لمصالح الرجال ؛ وتحصيلاً لمقاصد النكاح ، فان خيف من الجور عليهن ، استحب الاقتصار على واحدة ؛ دفعاً لما يتوقع من مفسدة الجور ، وحرمت الزيادة على الاربع ؛ نظراً للنساء ؛ ودفعاً لمظانّ جور الرجال على الازواج[3] » .

وهذا الاصل الذي يقرره الامام العز بن عبد السلام في ازالة الضرر – دفعاً ورفعاً – يعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف ، كما انه **خطة تشريعية يلتزم المجتهد بتطبيقها في التشريع الاجتهادي .**

فالاصل ان الانسان حرٌ في التصرف بماله ؛ لكن اذا أفلس حجر عليه لمصلحة غرمائه ، ولو بقي الاطلاق ، لترتب على ذلك ضرر بهم ، وهذا هو التعسف ، فمنع ؛ درءاً لهذه المفسدة ، وتقييدا لحقه بما يمنع الاضرار عن غيره .

١ – ومن ذلك : اثبات حق الشفعة للاصيل ؛ دفعاً لضرر الشريك ، او

---

(١) القواعد – جـ ١ ص ٨٣ .
(٢) المرجع السابق جـ ١ ص ٨٧ .
(٣) المرجع السابق ص ٩٢ .

الجار[1] الطارىء ، أي دفعاً لضرر متوقع . والممعن في مشروعية هذا الحق في الفقه الاسلامي ، يدرك مدى صيانة الشريعة لحق الملكية الفردية ، حيث لم تكتف بالمحافظة عليه من الاعتداء الحقيقي او التعسف، بالحاق الضرر الفاحش؛ بل احاطته بسياج من الأمن والدعة ، فاثبتت للمالك حق الشفعة ، حتى يتوقى ما عسى ان يطرأ عليه مايعكر صفوه في هـذا الانتفاع من سوء الجوار ، او يتوقى ضرر القسمة .

٢ الحجر على السفيه ـ على المفتي به في المذهب الحنفي ؛ دفعاً للضرر عن السفيه نفسه ، وعمّن تلزمه مصلحتهم ؛ ودفعاً للضرر عمّن يتعامل معه من الناس .

٣ ـ اخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير اذنه[2] .

٤ ـ نصب العمال والحكام لضبط النظام[3] ، ما لم يؤد ذلك الى تحليل حرام او تحريم حلال .

---

(١) الحنفية يثبتون حق الشفعة للشريك في نفس العقار ، وللشريك في حقوق العقار والجار ـ خلافا للجمهور ، فالشفعة للشريك في نفس العقار فقط ـ راجع : البدائع جـ ٥ ص ٤ و ٥ ـ المغنى جـ ٦ ص ٢٨٥ ـ نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢٨٥ .

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٥ وما بعدها ـ غمز عيون البصائر للحموي على الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٢ ـ راجع الفروع الاخرى الواردة فيها .

(٣) شرح الأدلة الاصلية على مجلة الاحكام العدلية ـ محمد سعيد مراد الغزي ـ جـ ١ ص ٣٤ .

المطلب الخامس

القاعدة الرابعة :

الضرر يدفع بقدر الإمكان[1]

قلنا ان حديث «**لا ضرر ولا ضرار** » ينفي الضرر مطلقاً ، قبل الوقوع وبعده ، وسواء أ كان ناشئاً عن فعل غير مشروع ، أم عن فعل مشروع في الاصل[2] ، فوضع الفقهاء هذه القاعدة ؛ لدفع ضرر متوقع .

هذا ، ومبدأ **سد الذرائع قائم على هذه القاعدة** ، فيجب حسم مادة الفساد ، والوسائل المفضية اليه .

فكل فعل كان مفضياً الى ضرر راجح يقيناً او ظناً ، يمنع ؛ دفعاً للضرر بقدر الامكان .

وهذا مقصد عام يجب ان يُراعي في جميع شئون الدولة ، الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ، فللدولة ان تسن من القوانين ما يدفع الضرر المتوقع عن الافراد والجماعة .

فمن ذلك :

١ – وصية الضرار ولو كانت بما دون الثلث ولاجنبي – لاطلاق النهي في الآية « من بعد وصية يوصى بها او دين غير مضار »[3] وهي التي قصد بها

---

(١) مجلة الاحكام العدلية – مادة/٣١ .

(٢) راجع من أدلة الكتاب الكريم على ثبوت نظرية التعسف ، قوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » .

(٣) شرح الادلة الاصلية على مجلة الاحكام العدلية – محمد سعيد مراد الغزي ص ٣٤/٣٥ .

الاضرار بالورثة ، فقد حكم الشارع بابطالها على رأي فريق من الفقهاء ، وقد قال ابن عباس « **وصية الضرار من الكبائر** » .

٢ – رجعة الضرار ، في قوله تعالى: **ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا** » وهي أن يطلق الرجل امرأته لا ليعاشرها بالمعروف ؛ بل ليُطيل عليها العدة ؛ بأن يطلقها ثانية، فتجب عليها عدة أخرى مبتدأة ،وقد قال الامام مالك ببطلان هذه الرجعة ، وأن المرأة لا تستأنف عدة جديدة[1] ؛ بل تتم العدة الاولى به منعاً لتعسفه في استعمال حقه في الرجعة .

هذا ، وكثيراً ما يكون الضرر المتوقع مقصوداً ، وتقوم الدلائل على ذلك القصد ، كما في صور استعمال الحق بقصد الاضرار ، فان كان قولياً لم يترتب أثره عليه ، كابطال الوصية ، وان كان فعلياً ، يحال بينه وبين استعمال فعله ، أي يمنع من الفعل ؛ دفعاً لضرر متوقع ، **وهـذه القاعدة تمثل الدور الوقائي لنظرية التعسف** .

المطلب السادس

القاعدة الخامسة :

الضرر الأشد يزال بالأخف[2]

هذه القاعدة تحكم التعارض بين الحقوق الخاصة بعضها قبل بعض ، كما تحكم التعارض بين الحق الفردي والمصلحة العامة ، وبذلك يدخل في مفهوم هـذه

(١) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ وما بعدها – الموافقات جـ ٢ ص ٣٢٤ – كشف الاسرار للبزدوي جـ ١ ص ٨٩ .

(٢) مجلة الاحكام العدلية : مادة/٢٧ .

القاعدة ، فاعـدة أخرى هي « **يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام** »[1] و « **يختار أهون الشرين** »[2] .

وتعتمد هـذه القاعدة على ضابط « **الموازنة** » بين ما يترتب على التصرف المأذون فيه شرعاً من نفع يعود على صاحبه ، وما يلزم عن ذلك من مضرة لاحقة به أو بغيره من الفرد أو الجماعة[3] .

وهو – كما ترى – معيار مادي صرف ، لا يحفل بالبواعث النفسية أو دوافعها .

فان كان الضرر اللازم أخف بالقياس الى النفع ، لم يمنع المتصرف ، وكذلك ان كان مماثلاً ، لان الضرر لا يزال بمثله .

وان كان أشد ، دفع هذا بمنع التصرف ، ولو ترتب على هذا المنع ضرر ؛ لانـه اخف .

ففي ميدان الحقوق الخاصة :

لو غصب ساجة فأدخلها في بنائه ، انقطع حق المالك – كما يقول الكرخي[4] – اذا كانت قيمة البناء اكثر ، ويضمن الغاصب قيمتها ؛ دفعاً لاشد الضررين بارتكاب أخفهما .

وجاء في السنة أصل هذا النوع ، وهو قضاء رسول الله (ص) بقلع نخلة مثمرة ؛ إذ كان بقاؤها علة لاضراره بصاحب البستان ، وقد عرض النبي (ص) على صاحبها حلولاً كلها تدور حول حمله على المعاوضة ؛ توفيقاً بين الحقين ، فلما أبى

---

(١) المادة/٢٦ .

(٢) المادة/٢٩ .

(٣) كالسفيه الذي يتصرف في ماله على غير مقتضى العقل والشرع ، فيحجر ؛ لدفع الضرر عن نفسه اولا ، ثم عمن تلزمه مصلحتهم ، وعمن يتعامل معه من الناس .

(٤) مجمع الضمانات – ص ١٣٥ – جامع الفصولين ج ٢ ص ١٣٥ – غمز عيون البصائر للحموي على الاشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٢٢ – والاشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٥ وما بعدها .

ذلك، امر النبي ﷺ بقلعها؛ لان بقاء نخلة سمرة اشد ضرراً من قلعها، وعلل الحكم بالضرر.

ويقول ابن قيم الجوزية في هذا مقرراً هذه القاعدة: «فضرر صاحب البستان ببقائها في بستانه أعظم، **فان الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما،** فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وان اباه من أباه [1]».

وتنطبق هذه القاعدة على من يستعمل حقه دون نفع يعود عليه، ويلزم عن ذلك مضرة بغيره، من باب أولى.

فقد جاء في المدونة: «قلت أرأيت لو أن رجلاً غصب أرضاً، فغرس فيها شجراً، فاستحقها ربُّها — قال: يقال للغاصب اقلع شجرك! إلا أن يشاء رب الارض أن يأخذها بقيمتها مقلوعة، وكذلك البنيان اذا كان للغاصب في قلعه منفعة؛ فانه يقال له اقلعه! الا أن يشاء رب الارض أن يأخذه بقيمته مقلوعاً، **فأما ما ليس للغاصب فيه منفعة، فليس له أن يقلعه** [2]».

وتعليل ذلك، انه اذا كان لكل منهما حق فيما يملك، فيجب أن يستعمل على نحو لا يضر بغيره، وتصرف الغاصب هنا عبث؛ لأن المفروض انه لايعود عليه نفع، في حين أن مالك الارض متضرر، فيمنع الاول درءاً للتعسف.

وفي الواقع، ان هذه القاعدة ترد قيداً على قاعدة «الضرر يزال» فهذه مقيدة بما لو كان أحدهما أعظم ضرراً من الآخر، فان الاشد يزال بالاخف [3].

ومن ذلك: ما لو كان له عشر دار لا يصلح للسكنى، والباقي للآخر، وطلب صاحب الاكثر القسمة، اجيب في الاصح، وان كان فيه ضرر شريكه [4].

وتتحكّم هذه القاعدة في معظم مسائل التعسف في استعمال الحق؛ لانها تمثل المعيار المادي لهذه النظرية.

---

(١) الطرق الحكمية ص ٣١٠.

(٢) مقدمات ابن رشد ج ٤ ص ١٩٠.

(٣) غمز عيون البصائر للحموي على الاشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٢٢ والاشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٧.

(٤) المرجع السابق ص ٧٩.

المطلب السابع

القاعدة السادسة :

يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام [1]

يدل على هذه القاعدة ، استقراء احكام الشارع ، من مثل نهيه ﷺ عن الاحتكار ، وتلقى السلع ، وبيع الحاضر للبادي ، واتفاق السلف على تضمين الصناع [2] ، مع ان الاصل في هؤلاء الاخيرين الامانة ؛ ، تقديماً لمصلحة العموم على الخصوص [3].

وتطبيقاً لهذه القاعدة ، فان تصرف الفرد المأذون فيه شرعاً بما يجلب له مصلحة أو يدفع عنه مفسدة ، اذا لزم عن تصرفه المشروع في الاصل ضرر عام يلحق المسلمين عامة ، أو قطراً من أقطارهم ، أو بلداً ، أو جماعة عظيمة منهم ، ويغلب على الظن وقوعه ، فعند ذلك يمنع الفرد من التصرف ، وعليه ان يتحمل ضرره الخاص ، دفعاً للضرر العام .

---

(١) مجلة الاحكام العدلية : مادة/٢٦ – راجع التضامن المادي في الفقه الاسلامي وأثره في تقييد الحق ص ١٧٣ وما بعدها – راجع في تقديم المصلحة العامة وتقيد الحق الفردي بمنع الاضرار بها – القواعد – للامام العز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٦٢ – الهداية ج ٤ ص ١٤٤ – المستصفى للغزالي ج ١ ص ٣٠٣ – الاشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٢٢ – الاعتصام للشاطبي ج ٢ ص ١٢١/١٢٢ – الموافقات للشاطبي ج ٣ ص ٢٦٠ – المرجع السابق ج ٢ ص ٣٥٠ – الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٢٨٩ .

(٢) راجع ص ٨٧ و ص ١٠٥ و ص ١٣٨ من هذا الكتاب .

(٣) الموافقات ج ٢ ص ٣٥٠ .

فكل تصرف مأذون فيه شرعاً ، اذا ترتب عليه مفسدة راجحة ،يمنعُ ؛ لأنه تعسف .

والواقع ،أن الشريعة تعتبرمجرد التسبب في نشوء المفاسد الراجحة ممنوعاً .

فدرء التعسف في استعمال الحق قد يتخذ صورة الموازنة والترجيح كما رأينا، وهو نظر مادي موضوعي لا يحفل بالدافع أو الباعث .

وأورد اصحاب القواعد فروعاً لهذه القـــاعدة ، تعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف . من ذلك :

١ – منع التجار من التغالي في الاسعار ، استغلالاً لحاجة الناس الى مايتجرون به من طعام و كساء وغير ذلك ، ولولي الامر ان يفرض التسعير الجبري[١] مستعيناً بأهل الخبرة ؛ كي لايجاوز التجار ثمن المثل تجاوزاً فاحشاً ، وفي هذا توفيق بين الحقين . وكل ذلك اذا اشتدت بالناس الحاجة .

٢ – منع التجار[٢] من احتكار مايحتاج اليه الناس ، ويؤمرون ببيعه بثمن المثل ، والا بيع عليهم جبرا بثمن المثل دون وكس او شطط .

٣ - الحجر على المفتي الماجن[٣] الذي يعلم الناس الحيل ، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس أو المتعهد بتأجير المواصلات أو المنازل ،اذا اتضح انه مفلس. والحجر على هؤلاء ؛ صيانةً للمصلحة العامة ، ودرءاً للضرر العام عن الناس في الدين والنفس والمال .

نزع ملكية[٤] دار أو أرض ؛ لتوسيع مسجد، او بناء مستشفى، او انشاء

---

(١) راجع ص ١٠٤ و ص ١٣٨ .

(٢) غمزعيون البصائر للحموي على الاشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٢٢ .

(٣) المرجع السابق – وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٣٤٧ – الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٣٠٨ وما بعدها .

(٤) الموافقات ج ٤ ص ٣٥٠ .

طريق عام ، أو توسيعه ، مما تقتضيه المصلحة العامة ، وتظهر حاجة الناس اليه ، مع التعويض العادل على المالك ، توفيقاً بين الحقين ما أمكن .

منع تجار السلاح[1] من بيعه أيام الحروب الاهلية ؛ لما في ذلك من اشعال نار الفتنة ، وإن لحق التجار ضرر ، فضرر الفتنة على الناس أشدّ .

يجبر صاحب الحائط المائل على الطريق العام والآيل للسقوط على هدمه ، فاذا سقط على أحد المارة بعد الاشهاد ، فانه يضمن ، لأنه يعتبر بالامتناع متعسفاً[2] .

منع الأفراد من إقامة فرن للخبز في سوق البزازين[3] او مصنع للاسمنت مثلاً في وسط حي للسكن ، دفعاً للضرر العام عن اهل الحيّ .

هذا ، ولا يشترط في الضرر – ليعتبر عاماً – أن يكون شاملاً لعامة المسلمين ؛ بل يكفي – كما رأينا – أن يلحق جماعة عظيمة منهم ، كأهل السوق أو الحي ، أو أهل بلد ، أو قطر ، كما تبيّن من الفروع .

---

(١) اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٣٨/١٣٩ – والطرق الحكمية ص ٢٠٢ و ص ٣٠٧ .

(٢) الهداية جـ ٤ ص ١٤٤ .

(٣) غمز عيون البصائر للحموي على الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٢ وما بعدها .

المطلب الثامن

القاعدة السابعة :

درء المفاسد مقدم على جلب المصالح [1]

أصل هذه القاعدة قول النبي ﷺ : «اذا أمرتكم بأمر ، فأتوا منه ما استطعتم ، واذا نهيتكم عن شيء ، فاجتنبوه ».

وجه الدلالة : أن الرسول ﷺ علق امتثال الأمر بالاستطاعة ، في حين أنه ﷺ **سدّ باب النهي كله** ، فلم يجزه أبداً إلا عند الضرورة .

وأيضاً ، فان الأمر يفيد طلب الفعل ولو مرة ، والنهي يفيد طلب الكف عن الفعل أبداً .

وأيضاً ، فان الواجبات تؤثر فيها المشقة ؛ للترخص ، ولو كانت من باب الحرج ، بخلاف المحرمات ، فانه لا يؤثر فيها الا الضرورة التي يخشى منها على النفس أو الدين ، أو باقي الضرورات الخمس .

والواقع ان هذه القواعد تعتبر خططاً تشريعية يلزم المجتهد العمل بمقتضاها في التشريع الاجتهادي ؛ توخياً لمقصد الشارع وتحرياً للمصلحة – وهي

---

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٩ – الاشباه والنظائر لابن نجيم ج ص ١ ١٢٥ – مجلة الاحكام العدلية مادة/٣٠ .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٥٨/٣٥٩ – فلسفة التشريع الاسلامي – للدكتور صبحي المحمصاني ص ٢١١ – الموجبات والعقود ج ١ ص ٥ ؛ وما بعدها للمؤلف السابق – تفسير القرآن – للاستاذ الشيخ محمود شلتوت ص ٥٦٤ – شرح الادلة الاصلية على مجلة الاحكام العدلية – للاستاذ محمد سعيد مراد الغزي ص ٥٧/٤٦ .

مقصد الشارع — وعملاً بضوابط المشروعات التي دل عليها استقراء الاحكام؛ درءاً للتعسف في الاجتهاد والعمل .

قال الفقهاء : محل هذه القاعدة — « درء المفاسد مقدم ... الخ » — اذا كانت المفسدة راجحة ، وكان ذلك في غير ضرورة .

فاذا تعارض مفسدة ومصلحة[1] ، قدم دفع المفسدة الراجحة ؛ لان اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات على ما جاء به الخبر المتقدم .

وعلى هذا ، اذا كانت المفسدة تافهة بالنظر الى المصلحة العظيمة المترتبة على الفعل ، قدم جلب المصلحة .

ولذا قال الاصوليون : لا تبطل المناسبة بين العلة والحكم بالمفسدة النادرة .

ويقول الامام الشاطبي في تعليل ذلك : **«لان المصلحة اذا كانت غالبة ، فلا اعتبار بالندور في انخرامها»**[2] .

هذا ، وقد تناولنا بالتفصيل والاستنتاج بحث أنواع الذرائع بحسب مآلاتها الذي بسطه الامام الشاطبي في الموافقات[3] ، وبيّن مراتب الضرر التي تترتب على التصرف المأذون فيه شرعاً ، ويشمل هذا البحث معظم حالات التعسف ، فلا نعيد القول فيه .

ما يستنتج من أحكام القواعد التشريعية والفقهية التي تثبت النظرية :

أولاً — فيما يتعلق بأصل النظر في المآلات ، فان الفعل المأذون فيه — لجلب مصلحة أو دفع مفسدة — قد يصبح تعسفياً ، بالنظر الى ما يؤول اليه من مفسدة مساوية او راجحة ، فيصبح غير مشروع ، ويمنع ، فهذا الاصل يعتمد

---

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٩ .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٦٠ وما بعدها .

(٣) راجع اصل النظر في المآلات — قاعدة سد الذرائع كمؤيد لنظرية التعسف . وراجع الموافقات جـ ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها — والمرجع السابق جـ ٤ ص ١٩٨ ، وما بعدها .

نتائـج الافعال وثمراتها ؛ ويستثنى من ذلك حق الملكية ؛ فـلا يمنع المالك من التصرف في حقه الا اذا لزم عن تصرفه مفسدة راجحة لا مساوية [1].

ولما كان بحثنا يدور على الافعال المأذون فيها أصلًا ؛ لجلب مصلحة أو درء مفسدة ـ فان نتائجها وثمراتها تتحكم في تكييفها من المشروعية أو عدمها ، او قل من الابقاء على مشروعيتها او اعتبارهـــا تعسفية غير مشروعة . وبعبارة أخرى ، إن الفعل المأذون فيه في الاصل يصبح تعسفياً لعلة المفسدة المادية الراجحة التي يؤول اليهـــا ، واذا كانت العلة في تكييف الفعل هي نتيجته أو ثمرته ، **كان مجرد التسبب كافياً في المسؤولية في هذا المعيار** .

وبدهي أن هذا المعيار يعتمد ضابط الموازنة ، وهو معيار مادي صرف ، حتى اذا صاحب المفسدة الراجحة المترتبة على الفعل قصدُ الاضرار كان محرماً من باب أولى .

وقد بينا أن المالكية والحنابلة يأخذون بهذا الاصل ، والاولون توسعوا فيه .

أما الحنفية فأخذوا به تحت اسم **الاستحسان** ، ونظروا في المآلات ، فمنعوا التذرع بالمشروع الى تحقيق اضرار راجحة ؛ وبذلك قالوا بمنع المالك من استعمال عقاره اذا أفضى الى أضرار فاحشة بجاره استحساناً ولأجل المصلحة [2] ، ولا يعدو أن يكون « الحق » ـ في هذه الحال ـ قد اتخذ ذريعة الى ذلك . كما قالوا « بنظرية العذر » وهي أيضاً لا تعدو أن تكون من باب التذرع بالحق ؛ لالحاق الضرر بالمتعاقد المنكوب الذي قام العذر في جانبه ، وهو ضرر طارىء راجح لم يكن يتوقع أثناء العقد ، وهذا ـ كما ترى ـ نظر الى المآل .

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٤ ص ١٩٦ .

(٢) والحكمة في ذلك ، ان المالك انما منح حق الملكيه شرعاً لمصلحة راجحة اقرها الشرع له ، فلا تقوى المفسدة المساوية اللازمة عن التصرف في حق الملكية على منع المالك من التصرف بملكه ؛ اذ سيحل بالمالك ضررٌ مساوٍ ـ كما هو المفروض ـ لما يصيب غيره من ضرر ، ولا يزال الضرر بمثله ؛ ولأن رفع الضرر عن المالك ـ لثبوت حقه شرعاً ـ اولى من دفع ضرر مماثل عن غيره .

والشافعية قائلون بهذا الاصل ، إلا أنهم يختلفون في التطبيق ، فيرون أن منع المالك من اســـتعمال ملكه مفسدة ، فلا يجوز ، وعلى ذلك ، لا خلاف من حيث الاصل والمبدأ ، وإن ظهر بعض الخلاف في التطبيق .

وعلى هذا ، يمكن أن يستخلص المعيار الاول في التعسف ، ونقرره كما يلي:

« لا يجوز استعمال الحق اذا أفضى الى اضرار مساوية او راجحة[1] لا تتناسب مع المصلحة التي تجنى منه ، سواء أكانت تلك الاضرار راجعة الى الفرد او الجماعة.

وهذا المعيار تؤيده القواعد التي ذكرناها من: الضرر « الاشد يزال بالأخف» « ويختار أهون الشرين » – واذا تعارض مفسدتان.. الخ – و « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام »

ثانياً – أما فيما يتعلق « بالباعث » فقد رأينا أن الدافع غير المشروع يجعل الفعل المأذون فيه في الأصل تعسفياً ؛ لأن القصد غير الشرعي يهدف الى تحقيق أغراض غير مشروعة ، وتلك مناقضة للشرع في مقصده من تشريع الفعل ؛ **اذ يتخذ الفعل المشروع وسيلة للتعبير عن نوايا ودوافع غير مشروعة ، ولم تشرع الافعال من اجل ذلك** ، وهذا المعيار ذاتي أو شخصي ، ويحتكم فيه قاعدة: « الامور بمقاصدها » التي تعتمد قوله ﷺ : « إنما الاعمال بالنيات ، وإنما لكل امرىء ما نوى » .

ويمكن أن يستنبط من هذا الاصل معياران للتعسف :

اولاً – لا يجوز استعمال الحق لمحض الاضرار بالغير .

ثانياً – لا يجوز استعمال الحق ؛ لتحقيق مصالح غير مشروعة تتنافى مع الغرض الاجتماعي او الاقتصادي او السياسي للحق في نظر الشريعة الاسلامية .

وبذلك تكون نظرية التعسف قد جمعت بين معيارين رئيسين : المادي والذاتي . وهذا يدعونا الى البحث في هذه المعايير بالتفصيل .

---

(١) قلنا يستثنى استعمال حق الملكية اذا ترتب عليه اضرار بالغير مساوية، فنرجح الاذن في حق المالك لاولويته .

الفصل الثالث

معايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي

قلنا ان نظرية التعسف في الفقه الاسلامي تجمع بين معيارين رئيسيين هما :

١ – **المعيار الذاتي أو الشخصي** : وهذا يستدعي النظر في العوامل النفسية التي حركت ارادة ذي الحق الى التصرف بحقه ، من قصد الاضرار ، أو الدافع الى تحقيق مصالح غير مشروعة .

٢ – **المعيار المادي** :الذي يعتمد ضابط التناسب بين مايجنيه صاحب الحق من نفع ، وما يلزم عن ذلك من مفسدة ، **ووسيلته في ذلك الموازنة** ؛ **فاذا** كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها ، منع الفعل ، وهذا الضابط يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها قِبَلَ بعض ، والحق الفردي مع المصلحة العامة من باب أولى .

ونبحث هذين المعيارين الرئيسيين بالتفصيل :

المعيار الاول ذو شقين :

أ – **الاول** : تمحض قصد الاضرار .

ب **الثاني** : الباعث غير المشروع .

أولاً — تمحض قصد الاضرار[1] :

هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف وأصلها ، بدليل وجوده في الشرائع القديمة على ما سنبين ، ومجافاته لمبادىء الاخلاق ظاهرة ، غير أن الكشف عنه من العسر بمكان ؛ لذا يستعان بالامور الظاهرة المادية ، كالقرائن ، في تبينه .

هذا ، والقصد الى الاضرار بالغير ممنوع في الشريعة ،فيمنع الفعل الذي اتخذ وسيلة للتعبير عنه أو لتحقيقه ؛ لانه يتنافى وأغراض الشارع من تشريعه للحقوق .

والاصل في هـذا ، ماجاء في الآيات الكريمة التي سقناها للدلالة على ثبوت هذه النظرية ، وحديث الرسول ﷺ « لاضرر ولا ضرار » وهذه الادلة تعتبر اصلاً لهذا المعيار .

وقد نص بعض العلماء على هذا المعيار صراحة ، فابن رجب الحنبلي في شرحه لحديث « لاضرر ولا ضرار »يجعل حكمه شاملاً لاستعمال الحق بقصد الاضرار ، ولالحاق الضرر بالغير دون وجه حق ، ويرى انه يقسم الى نوعين :

احدهما — ان لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير . فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه[2] .

ويقول الإمام الشاطبي مؤيداً تحريم هذا النوع ومنع التسبب فيه : « لا إشكال في منع القصد الى الاضرار من حيث هو اضرار ؛ لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الاسلام »[3] .

الفروع الفقهية في مختلف المذاهب تطبيقاً لهذا النوع

وقد أورد ائمة المذاهب الفقهية فروعاً تطبيقية لهذا المعيار « تمحض قصد

---

(١) راجع أدلة النظرية من الكتاب الكريم ، وما جاء فيها من تفصيل وتفريع عن هذا الاصل : تمحض قصد الاضرار في استعمال الحق .

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٥ وما بعدها .

(٣) الموافقات جـ ٢ ص ٣٩٤ وما بعدها .

الاضرار ». ولا خلاف بين العلماء في الاثم الأخروي، وانما الخلاف في الجزاء القضائي من المنع والضمان، فبعضهم كالامام الغزالي يذهب الى أن القصد الى الاضرار محرم ديانة، ويأتي بضابط كلـّي يحكم هذا الوجه من استعمال الحقوق، حيث يقول:

« وانما العدل أن لا يضر بأخيه المسلم، والضابط الكلي فيه، **أن لا يحب لأخيه الا ما يحب لنفسه، فكل ما لو عومل به شق عليه، وثقل على قلبه، فينبغي ان لا يعامل به غيره** »[1].

وجاء في معين الحكام: في شرح حديث « لا ضرر ولا ضرار »: فنهى النبي ﷺ ان يتعمّد احدهما الاضرار بصاحبه، ومن أن يقصدا ذلك جميعاً »[2]

الجزاء القضائي:

وجاء في فقه الصحابة - رضي الله عنهم - توريث المبثوتة في مرض الموت؛ لتعسفه في استعمال حق الطلاق؛ بحرمانها من الميراث؛ لمحض قصد الاضرار « قال بذلك عمر (رض) في قضية غيلان بن سلمة، لما طلـّق نساءه، وقسم ماله بين بنيه، فقال له عمر (رض): لتراجعن نساءك، ولترجعن مالك، أو لأورثن نساءك، ثم لأمرت بقبرك، فليرجمن كما رجم قبر أبي رغال »[3].

وبذلك أفتى عثمان بن عفان (رض) اذ ورث تماضر، زوجة عبد الرحمن بن عوف منه، حين طلقها في مرضه الذي مات فيه[4].

---

(١) الاحياء - للغزالي - جـ ٢ ص ٧٦ - وراجع حقوق الجوار ص ٣٥.

(٢) ص ٢٤٤.

(٣) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ١٤٣ - بداية المجتهد لابن رشـد - جـ ٢ ص ٦٨/٦٩.

(٤) اعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٢٦ كتاب الخلاف (في فقه الجعفرية) حيث قالوا بتوريثها لمدة سنة من تطليقها، مالم تتزوج، فان تزوجت بعد انقضاء عدتها لم ترثه، وان زاد على السنة يوم واحد لم ترثه .. جـ ٢ ص ٤٥٦ - القواعد لابن رجب ص ١٦١.

في المذهب الحنفي :

ذهب أبو يوسف الى منع من يستعمل حقه بقصد الاضرار بغيره ، فقد جاء في كتاب الخراج ما نصه : « وسألت - أمير المؤمنين - عن الرجل يكون له النهر الخاص ، فيسقى منه حرثه ونخله وشجره ، فينفجر من ماء نهره في أرضه ، فيسيل الماء من أرضه الى أرض غيره فيغرقها ، هل يضمن ؟ قال ليس على رب النهر في ذلك ضمان ، من قبل أن ذلك في ملكه ، وكذا لو نزت أرض هذا من الماء ففسدت ، لم يكن على رب الارض الاولى شيء ، وعلى صاحب الارض التي غرقت ونزت ان يحصّن أرضه . ولا يحل لمسلم أن يتعمد ارضاً لمسلم او ذمي بذلك ؛ ليغرق حرثه فيها ، يريد بذلك الاضرار به ؛ فقد نهى الرسول ﷺ عن الضرار ، وقد قال : ملعون من ضارّ مسلماً او غيره ، وان عرف ان صاحب النهر يريد ان يفتح الماء في ارضه للاضرار بجيرانه ، والذهاب بغلاتهم ، وتبين ذلك ، فينبغي أن يمنع من الاضرار بهم [1] » . وهذا بيِّن .

وجاء في مجمع الضمانات[2] :

« رجل أراد أن يحرق حصائد ارضه ، فأوقد النار في حصائده ، فذهبت النار الى أرض جاره ، فأحرق زرعه ، لا يضمن ، الا أن يعلم أنه لو أحرق حصائده ، تتعدى النار الى زرع جاره ؛ لانه اذا علم كان قاصداً إحراق زرع الغير . وكذلك رجل له قطن في أرضه ، وأرض جاره لاصقة بأرضه ، فأوقد النار من طرف أرضه الى جانب القطن ، فأحرقت ذلك القطن ، كان ضمان القطن على الذي أوقد النار ، لانه اذا علم أن ناره تتعدى الى القطن ، كان قاصداً احراق القطن »[2] .

(١) الخراج - لابي يوسف - ص ١٦١ .
(٢) مجمع الضمانات ص (٣٩٠) .

وفي المذهب المالكي :

جاء في تبصرة الحكام :

« لو ادعى الصعاليك على أهل الفضل دعاوى باطلة ، وليس لهم من قصد الا التشهير بهم ، وايقافهم امام القضاء إيلاماً وامتهانا ، لا تسمع الدعوى ، ويؤدب المدعي[1] » .

وورد فيها أيضاً: « لو ادعى غصباً على رجل من أهل الخير، ففي الصحيح من رأي مالك ، أن الدعوى لا تسمع ،ولا يحلف المدعى عليه ؛ لئلا يتطرق الارذال والأشرار الى أذية اهل الفضل والاستهانة بهم »[2] .

وهذا – كما ترى – تخصيص لقوله ﷺ « **البينة على من ادعى ،واليمين على من انكر** » بالمصلحة ، وهي دفع الضرر ، أو التعسف ، قضاءً .

انتفاء المصلحة المشروعة قرينة على قصد الاضرار

غير أنه لعسر تبيّن هذه النية ، يستعان بالقرائن ، ومن ذلك: أن لا يكون له منفعة في استعمال حقه ، ومع ذلك يترتب عليه ضرر بغيره ، فيمنع ؛ لان ذلك قرينة على تمحض قصده الاضرار ، ويمنع من باب اولى ،اذا استعمل حقه على وجه سلبي ، بأن يمنع غيره من الارتفاق بأرضه مثلاً ، اذا ترتب على هذا الارتفاق نفع لكليهما ، كما جاء في قضاء عمر (رض) [3] في قضية محمد بن مسلمة .

وجاء فيها أيضاً : ومن أراد أن يطرّ داخل داره – أي يطينه – ولجاره

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ١١٩ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق .

(٣) راجع أدلة النظرية في فقه الصحابة تفصيل القول في هذه القضية .

حائط فيها ، فمنعه من ذلك ، لم يكن له ذلك ؛ لان له منفعة فيه ، ولا مضرة على جاره ، ومنه الحديث « لاضرر ولا ضرار »[1] .

وجاء في المدونة :[2] « أرأيت لو أني أعرت رجلا يبني في ارضي، اويغرس فيها، وضربت له لذلك أجلا، فبنى وغرس، فلما مضى الاجل أردت اخراجه؟ قال: قال مالك : يخرجه، ويدفع اليه قيمة نقضه منقوضا ان احب رب الارض، وان أبى ، قيل للذي بنى وغرس : اقلع نقضك وغراسك ، ولا شيء لك غير ذلك . **قلت: وما كان لامنفعة له فيه اذا نقضه ، فليس له أن ينقضه في قول مالك»** .

وهذا الاصل يقرره صاحب البهجة ، فيمنع المالك من استعمال حقه اذا لم يكن له في ذلك مصلحة من جلب نفع أو دفع ضرر ، فان كان فله ذلك ؛ لان ذلك اما عبث ؛ او لقصد الاضرار ، وكلاهما لم يشرع استعمال الحق من أجله ؛ فهو محض تعسف ، حيث يقول : « واما لو كانت له في أرضه شجرة ، فخرجت عروقها لارض جاره ، فنبتت وصارت شجراً مثمراً ، فان من نبتت في ارضه مخير بين أن يقلعها ، أو يعطيه قيمتها مقلوعة ، الا أن يكون لصاحب الشجرة منفعة لو قلعها وغرسها بموضع آخر لنبتت ، فله قلعها وأخذها ، **وان كانت لا منفعة له فيها ، ولا مضرة عليه فيها ، فهي لرب الأرض**[3] » .

وجاء في مقدمات ابن رشد[4] : « فيمن اغتصب أرضا فغرسها ـ قلت : أرأيت لو أن رجلا غصب أرضا ، فغرس فيها شجراً ، فاستحقها ربها ، قال : يقال للغاصب: اقلع شجرك ! الا ان يشاء رب الارض أن يأخذها بقيمتها مقلوعة. وكذلك البنيان ، اذا كان للغاصب في قلعه منفعة ؛ فانه يقال له اقلعه ! الا أن

---

(١) جـ ٢ ص ٢٧٠ .

(٢) جـ ٥ ص ١٦٥ .

(٣) البهجة شرح التحفة ــ للتسولي جـ ١ ص ٣٤١ .

(٤) المقدمات لابن رشد جـ ٤ ص ١٩٠ .

يشاء رب الارض ان يأخذه بقيمته مقلوعا ؛ **فاما ماليس للغاصب فيه منفعة ، فليس له ان يقلعه »**[1] .

على أنا قد اوردنا في الادلة التي تثبت النظرية ، مايؤيد هذا الاصل[2]، وهو المنع من استعمال الحق دون منفعة تعود على صاحبه اذا ترتب عليه ضرر بالغير، ومن ذلك ، حديث ابي هريرة في غرز الخشبة في حائط الجار[3] ، وفيما روى من قضاء عمر في قضية محمد بن مسلمة[4] .

وقد أورد ابن رشد في بدايته هذا الاصل ، وعرض الخلاف الائمة في ذلك حيث يقول : « واختلفوا في الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ؛ ليغرز فيه خشبة لمنفعته ،ولا تضر صاحب الجدار. **وبالجملة ، في كل ماينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه** ، فقال مالك وأبو حنيفة ، لا يقضى عليه به ؛ اذ العارية لايقضى بها » .

« وقال الشافعي واحمد وابو ثور وداود وجماعة اهل الحديث: **يقضي بذلك. وحجتهم** ، ماخرجه مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لايمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره .. الحديث » .

« واحتجوا ايضاً بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ، ان الضحاك بن قيس ساق خليجا له من العريض ، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : **أنت تمنعني وهو لك منفعة** .. الخ » .

وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال : « كان في حائط جدي ربيع لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد أن يحوله الى ناحية من الحائط ، فمنعه

---

(١) ج ٤ ص ١٩٠ .

(٢) راجع في مستند هذا الاصل « تمحض قصد الاضرار ، أدلة الكتاب الكريم في اثبات النظرية في حق الايصاء ، وحق الرضاع ، وحق الرجعة .

(٣) راجع هذا الحديث أدلة النظرية من السنة .

(٤) راجع ذلك كله أدلة النظرية من فقه الصحابة ، حيث تجده مفصلاً .

صاحب الحائط ، فكلم عمر بن الخطاب ، فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله.
وقد عذل الشافعي مالكاً لإدخاله هذه الاحاديث في موطئه ، وتركه الاخذ بها .

وعمدة مالك وأبي حنيفة : قوله عليه الصلاة والسلام : « لايحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه » .

وعند الغير : ان عموم هذا مخصص بهذا الحديث ، وبخاصة حديث أبي هريرة ، وعند مالك أنها محمولة على الندب ، وانه اذا امكن ان تكون مخصصة ، وان تكون على الندب ، فحملها على الندب أولى ؛ لان بناء العام على الخاص انما يجب اذا لم يكن بينها جمع ، ووقع التعارض[1] .

والفقه الحنفي أخذ بهذه القرينة أيضاً : ففي باب الدعوى : أنه اذا كانت بينة المدعى حاضرة في مجلس القضاء ، وطلب يمين خصمه ، لم يجبه القاضي الى طلبه باتفاق أئمة المذهب ؛ لانتفاء المصلحة في هذا الحق[2] ، وانتفاء المصلحة قرينة على قصد الاضرار ، فيمنع لذلك » . اي يمنع درءاً لتعسفه .

وفي الفقه الشافعي :

تقرر في الفقه الشافعي وغيره ، أن حبس المدين المماطل الممتنع عن الاداء ، شرع وسيلة لاكراهه على اظهار ماخفي من ماله ؛ وفاءً لدينه ، شريطة أن يكون قد غلب على الظن يساره ، فيحبس بناء على طلب الدائن ، حتى اذا ثبت إعسار المدين ، فلا يجاب الدائن الى طلبه ؛ لان استعماله لحقه في هذه الحال لايؤدي الى المقصود ، ويمكن أن يعتبر قرينة قاطعة على أنه يقصد مجرد احداث الضرر بمدينه ، والوسائل لم تشرع لذلك ؛ لان الاصل أن اعمال المكلفين يجب أن يكون القصد فيها موافقاً لقصد الله في التشريع ، أي ان تستهدف

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٤ .
(٢) تكملة الفتح ج ٦ ص ١٥٤ .

المصالح التي شرعت لاجلها ، وهو الاصل الذي بنيت عليه الشريعة ، والا كانت المناقضة والتعسف .

ويقول العلامة العز بن عبد السلام الشافعي في هـذا الصدد : « **ان ثبت عسره فلا يجوز حبسه حتى يثبت يساره**[1] » .

مذهب الامام احمد :

وجاء في كشاف القناع من تطبيقات هذا الاصل ، ان صاحب الحائط الذي يستتر ملك جاره به ، لا يملك هدمه دون عذر قوي ، أو غرض صحيح ، فالحق في التصرف هنا مقيد بالا يعود على غيره بالضرر ، **واستعماله دون غرض مظنة قصد الاضرار ، فيمنع** . اما اذا كان له غرض صحيح ؛ فله ذلك ، لانتفاء قصد الاضرار ؛ ولانه اذا كان له مصلحة ظاهرة في هدمه ، فمنعه من تحصيلها مضرة والضرر لايزال بالضرر[2] » .

وجاء فيه ايضاً[3] « وليس له ــ أي رب الحائط ــ منعه ــ اي منع جاره من وضع خشبه ــ أي اذا لم يمكن الا به ــ للاضرار على الحائط ؛ لما تقدم . فان أبى رب الحائط تمكينه منه أجبره الحاكم عليه ؛ لانه حق عليه[4] » .

فقه الجعفرية :

والى هذا ذهب الجعفرية ، فمنعوا استعمال الحق دون ابتغاء جلب منفعة أو

---

(١) القواعد ج ١ ص ١٠٢ - الطرق الحكمية ص ٧٣ وما بعدها - معين الحكام ص ٢٣٣ .

ــ هناك تفصيل في جواز حبس المدين في الفقه الحنفي وغيره . لم ترَ داعيا الى ايراده وعرض بخلاف الأئمة فيه ؛ اذ لايتسع المقام لذكره .

(٢) كشاف القناع ج ٣ ص ٣٤٢ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) كشاف القناع ج ٣ ص ٣٤٢ .

دفع مضرة اذا ترتب عليه ضرر بغيره ، وجعلوا حديث « لاضرر ولا ضرار » حاكما على هذا التصرف ، حيث قالوا في هذه الصورة : « فيظهر منهم - من الأئمة - عدم جوازها ، سواء قصد بتصرفه الاضرار أم لا ؛ لان المفروض عدم ورود ضرر عليه ، ولا يلزم من تصرفه جلب نفع حتى يكون حرجياً ؛ فليس هنا الا عموم السلطنة ، وهو محكوم بقاعدة لاضرر[1] » وفرعوا على ذلك مايلي :

« ليس للغاصب قلع الصبغ - أي من الثوب - ؛ لأنه لا منفعة له فيه ، سواء كان الصبغ أسود او ابيض[2] » .

هذا وقد حمل الشيعة الجعفرية قاعدة « **لا ضرر ، على ما اذا لم يكن غرض إلا الاضرار** »[3] .

والواقع أن استعمال الحق لمجرد احداث الضرر بالغير ، او دون منفعة تعود على صاحبه ، اذا لزم عنه ضرر بالغير ، يعتبر مجرد تسبب في الاضرار ، ولو أجيز هذا التسبب ؛ لكان مناقضة لقصد الشارع في شرع الحق ؛ لانه إما لمحض قصد الاضرار ، او للعبث ، « والاضرار ممنوع باتفاق[4] » والعبث لا يشرع ؛ لأن كليهما يناقض القول « **باعتبار المصالح في الاحكام**[5] » والمناقضة تعسف ، على ما بينا .

وفي هذا يقول الامام الشاطبي :

« إنا لو اعملنا السبب هنا ، مع العلم بأن المصلحة لا تنشأ عن ذلك السبب ، ولا توجد به ؛ **لكان ذلك نقضاً لقصد الشارع في شرع الحكم ؛ لأن التسبب هنا يصير عبثا ، والعبث لا يشرع ، بناء على القول بالمصالح**[6] » .

---

(١) الخلاف جـ ٢ ص ٢٤٤ . والمقصود بعموم السلطنة ، سلطة المالك في جميع وجوه التصرف بملكه .

(٢) المرجع السابق ص ١٧٢ وراجع في هذا بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٧٨ .

(٣) الخلاف جـ ٢ ص ٢٤٤ .

(٤) الموافقات جـ ١ ص ٢٩٠ ومعين الحكام ص ٢٤٤ .

(٥) المرجع السابق ص ٢٥٤ .

(٦) المرجع السابق .

ثانياً — استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها :

قلنا في تعريف التعسف ، انه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الاصل ، وهذا المعنى يتحقق في استعمال الحق في غير الغرض او المصلحة التي من اجلها شرع ؛ لأن قصد ذي الحق في العمل هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع ، ومعاندة قصد الشارع عيناً باطلة ، فيكون باطلا بالضرورة كل ما ادى الى ذلك ، ولا خلاف بين العلماء في هذا ، لأنه تحيل على المصالح التي بنيت عليها الشريعة ، وهدم لقواعدها ، وانما الخلاف بينهم في أمر آخر ، هو الوسيلة التي يتوصل بها الى كشف ذلك القصد او الباعث .

وفيما يلي نورد تطبيقات على هذا المعيار الذي ظهر أثره في كافة الحقوق ، ومنها حقوق الاسرة ، فمن ذلك :

الولاية على النفس والمال :

جاء في المدونة [١] :

« قلت : أرأيت إن زوج الصغيرة ابوها بأقل من مهر مثلها ، أيجوز ذلك عليها في قول مالك ؟ قال : سمعت مالكا يقول : يجوز عليها نكاح الأب ، فأرى انه ان زوجها الاب بأقل من مهر مثلها ، او بأكثر ، فان ذلك جائز اذا كان انما زوجها على وجه النظر لها [١] » .

وجاء فيها ايضاً [٢] :

(قال) ولقد سألت مالكاً امرأة ولها ابنة في حجرها ، وقد طلق الأم

(١) المدونة ج ٤ ص ٥ .
(٢) المدونة ج ٤ ص ٥ .

زوجها عن ابنة له منها ، فأراد الاب ان يزوجها من ابن أخ له ، فأتت الام الى الامام مالك فقالت له : ان لي ابنة ، وهي موسرة مرغوب فيها ، وقد اصدقت صداقاً كثيرا ، فأراد ابوها ان يزوجها من ابن أخ له معدماً لا شيء له ، أفترى لي ان اتكلم ؟ قال نعم ، اني ازى لك في ذلك متكلماً (قال ابن القاسم) اني ارى ان نكاح الاب اياها جائز عليها ، الا ان يأتي من ذلك ضرر ، فيمنع من ذلك [1] » .

وجاء فيها ايضاً :

« قلت : أرأيت ان زوج ابنته وهي بكر ، ثم حط من الصداق ، أيجوز ذلك على الابنة في قول الامام مالك ؟ قال الامام مالك : لا يجوز للأب ان يضع من صداق ابنته البكر شيئاً ؛ اذ لم يطلقها زوجها (قال ابن القاسم) وأرى ان ينظر في ذلك،فان كان ماصنع الاب على وجه النظر،مثل ان يكون الزوج معسراً بالمهر ، فيخفف عنه ، ويُنظره ، فذلك جائز على البنت ؛ لأنه لو طلقها ، ثم وضع الاب النصف الذي وجب للابنة من الصداق،ان ذلك جائز على البنت،فاما ان يضع من غير طلاق،ولا على وجه النظر لها،فلا أرى أن يجوز ذلك له [2] » .

وهذه النصوص من فقه المالكية تفيد ، ان حق الولاية على النفس ، ولو للأب، يجب ان يمارس على وجه النظر والمصلحة لها ، حتى اذا استعمل على وجه لا يحقق ذلك ، كان متعسفا .

ومن الحقوق التي تتعلق بنظام الاسرة في الفقه الاسلامي السلطة الزوجية، ولما كان لهذه السلطة من أهمية قصوى ؛ لتعلقها باستقرار الاسرة ، رأيت ان اتناولها بالبحث والتفصيل ، لأبيّن وجه التعسف فيها ، وكيف عالجه المشرع .

---

(١) المدونة — ج ٤ — ص ٥ .

(٢) المدونة ج ٤ — ص ٩ .

السلطة الزوجية :

ولاية الزوج على زوجته تأديبية ، وهذا الحق ثابت بقوله تعالى :

« واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع ، واضربوهن ، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا[1] » .

وقد روي عن رسول الله (ص) انه قال في حجة الوداع « فاتقوا الله في النساء ، فانهن عوان عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احداً تكرهونه ، فان فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح ، ولهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف[2] » .

وقد حددت الشريعة موضع استعمال هذا الحق وانه « النشوز » كما حددت الوسيلة ، والغاية .

« والنشوز » هو الترفع عن الطاعة ، اي عصيان الزوجة لزوجها فيما أمرها الله ان تطيعه فيه .

وقال الفقهاء : النشوز هو « كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر[3] » .

ويقول ابن قدامه « معنى النشوز : « معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته[4] »

---

(١) سورة النساء ، آية رقم ٣٤ - راجع جامع البيان في تفسير القرآن - للطبري جـ ٥ ص ٣٧ وما بعدها .

(٢) رواه مسلم ، وانظر الترغيب والترهيب للمنذري جـ ٣ ص ٤٩ وما بعدها - فتح القدير جـ ٤ ص ١٩٣ المطبعة الميمنية - المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٤٦ والمحلى جـ ١٠ ص ٧٢ المسألة - ١٩٠٨ - البدائع جـ ٢ ص ٣٣٤ القوانين الفقهية لابن جزى ، ص ٢٠٧ وما بعدها - مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٢٥٢ - ٢٥٣ - الاحياء للغزالي جـ ٢ ص ٥١ الخلاف في الفقه الجعفري جـ ٢ ص ٤٢٦ - كشاف القناع جـ ٥ ص ٣٨٦ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني جـ ٣ ص ٣٣ - ٣٣٤ البحر الرائق لابن نجيم جـ ٥ ص ٥٣ .

(٤) المغنى جـ ٧ ص ٤٦ .

اما وسائل التأديب، فقد رتبتها الشريعة، فيبدأ بالوعظ ثم الهجر ثم الضرب.
هذا، وقد حددت الشريعة مدى جسامة [1] كل وسيلة، كما تدرجت في هذه الوسائل من الاخف الى الاشد، حسب ماتقتضيه الظروف، يقول الامام الكاساني:
« فظاهر الآية – وان كان بحرف الواو الموضوعة للجمع المطلق – لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب، والواو تحتمل ذلك ».

الغاية او الحكمة التي شرع من أجلها التأديب :

وغاية التأديب هو تهذيب الزوجة، وحملها على الطاعة، واصلاح نشوزها، فولاية التأديب وضعها الشارع حقاً في يد الزوج، ليستهدف باستعماله حق التأديب هــذه الغاية، فاذا ابتغى بفعله غير ذلك، أصبح فعله تعسفياً غير مشروع؛ لانحرافه بهذا الحق عن الغاية التي شرع من اجلها، وذلك كأن يريد به الانتقام، او التعبير عن كراهيته، او يريد به الحمل على معصية، او اكراه الزوجة على إنفاق مالها في وجه لاتراه، **ولو استعمل حقه في الحدود الموضوعية الموسومة له شرعا.**
ويقول صاحب منح الجليل: « اذا تحقق **الزوج او ظن عدم افادة الضرب، او شك فيها، فلا يضربها؛ لانها وسيلة الى اصلاح حالها، والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتيب المقصود عليها** [2] ».

---

(١) وأما تحديد جسامة كل وسيلة، فقد بينه الفقهاء بحيث يسأل الزوج ان جاوزها، فالهجر في المضجع، قد حدده الفقهاء بما لايبلغ مدة الايلاء المقدرة بأربعة أشهر، والضرب مقيد الا يكون شديدا ولا شائنا، وهذا القيد مستمد من قوله (ص) « .. واضربوهن ضرباً غير مبرح » فالضرب الشديد او الشائن غير جائز للزوج، ولو تعين وسيلة للتأديب، اي انه اذا غلب على ظن الزوج ان الزوجة لاتترك النشوز الا بضرب شديد أو شائن، فليس له أن يؤدبها به – منح الجليل جـ ٢ ص ١٧٦) .

(٢) منح الجليل – جـ ٢ ص ١٧٦ ويقول الامام العز بن عبد السلام « كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل » .
القواعد جـ ١ ص ١٠٢ – ١٠٣ .

وهكذا ينص الفقهاء ، على أن الحق وسيلة شرعت لغاية معينة ، فلا يجوز استعمالها في غير غايتها ؛ أي لتحقيق مصلحة غير مشروعة ؛ لأن ذلك يناقض قصد الشارع من تشريعه هـذا الحق ، ومناقضة الشرع باطلة ، فما يؤدى اليها باطل ، ولا نعني بالتعسف الا هذا .

لا يقال إن هذه الاباحة طارئة ومشروعة على خلاف القياس ؛ لان الاصل صيانة الانسان عن الاضرار به ، وسلامة جسمه ، وعدم تعريضه للإيلام ، والتعسف انما يكون في استعمال الحق أو فيما هو مباح اباحة اصلية ؛ لأنا نقول : إن الشريعة لا تفرق بين الاباحة الاصلية والطارئة من حيث الغاية ، فكلاهما وسيلة شرعت لحكمة ، وأما عصمة الانسان عن الاضرار به وايلامه ، فهو أصل عام يعارض كل اباحة او حق استعمل على وجـه يلحق الاضرار بالغير ، لعموم لحديث : « لا ضرر ولا ضرار » . الا ما استثنى من ذلك بدليل ، ولمصلحة معينة رآها المشرع اولى بالرعاية من مقتضى الاصل العام ، فيجب ان لا تعتسف تلك المصلحة .

على أن الوسيلة ، اذا غلب على الظن عدم افضائها الى الثمرة المرجوة منها ، لم تشرع ؛ لأن استعمالها حينئذ يصبح ضرباً من العبث أو الاضرار ، وكلاهما لا يشرع[1] لمناقضته لقصـد الشارع ، اذ الاصل ان المصالح معتبرة في الاحـكام ، وهـذا الاصل يرد قيداً على استعمال الحق[2] والاباحة باطلاق .

على أن سلطة التأديب هذه ليست اباحة ، وانما هي حق بالمعنى الدقيق ؛ لان الزوج يستأثر بما يخوله هـذا الحق من سلطة ، فهو قاصر عليه من دون الناس ؛ لانه أقدر على استعماله .

ونظرية التعسف تقيد الفعل الذي يخوله الحق بكونه لازماً وملائماً .

ألا ترى أنه لا يجوز التأديب بالأغلظ اذا حصل بالاخف ، وانه لا يجوز

---

(١) الموافقات جـ ١ ص ٣٨٦ .

(٢) راجع في اسس تقييد الحق في الفقه الاسلامي – الاساس الاول – المصالح معتبرة في الاحكام ص ١٦٢ – وراجـع القواعد للعز بن عبد السلام جـ ١ ص ١٠٢ – ١٠٣ .

استعمال الوسيلة اذا لم تكن ملائمة ، بأن غلب على الظن عدم ترتب المقصود عليها ، ولو كانت في الحدود الموضوعية المرسومة لها شرعاً ، وفي هذا يقول الامام العز بن عبد السلام : «ومهما حصل التأديب بالأخف من الافعال والاقوال ، لم يعدل الى الاغلظ ؛ اذ هو مفسدة لا فائدة فيه ؛ لحصول الغرض بما دونه [٣] » .

ومما يتصل بهذا الموضوع الولاية التأديبية على الصغار .

الولاية التأديبية على الصغار

وكل ما قيل في « تأديب الزوجة » يقال في تأديب الصغار ، من وجوب استعمال الحق فيما شرع من أجله ، وأنه اذا استعمل لتحقيق غرض غير مشروع ، كان تعسفياً ؛ فلا يجوز .

كما يشترط ان يكون الفعل **لازماً وملائماً** لتحقيق الغاية ، **وان يغلب على الظن إفضاء** الوسيلة الى غايتها .

وفي هذا يقول العز بن عبد السلام : « فان قيل : اذا كان الصبي لا يصلحه الا الضرب المبرح ، فهل يجوز ضربه تحصيلاً لمصحة تأديبية ؟ **قلنا لايجوز ذلك؛** بل لا يجوز أن يضربه **ضرباً غير مبرح** ؛ لأن الضرب الذي لا يبرح مفسدة ، وانما **جاز ؛ لكونه وسيلة** الى مصلحة التأديب ، فاذا لم يحصل التأديب سقط الضرب الخفيف ، كما يسقط الضرب الشديد ؛ **لان الوسائل تسقط بسقوط المقاصد** [١] » .

وهذا صريح في وجوب درء التعسف في كل تصرف مشروع اذا غلب على الظن عدم تحقق الغاية ، او انتفاء الثمرة التي رتبها الشارع على شرعيته ؛ اذ لاعبرة بالوسيلة اذ انتفى المقصد او سقط .

---

(١) القواعد ج ٢ ص ٧٥ .

(٢) القواعد ج ١ ص ١٠٢ – ١٠٣ – وراجع جامع أحكام الصغار على هامش جامع الفصولين – ج ١ ص ١٠ ط اولى بالمطبعة الازهرية سنة ١٣٠٠ هـ .

وعلى العموم ، فالولاية في الشرع منوطة بالمصلحة ، **ويؤمر** من وضع حق الولاية في يده برعاية الاصلح للمولّى عليه ، فهو - كما ترى - **حق وواجب** في آن واحد.

يقول صاحب الاعتصام : « ان الأب في طفله ، او الوصي في يتيمه ، أو الكافل فيمن يكفله ، **مأمور برعاية الاصلح له** [1] » .

وعلى هذا ، فالولي اذا اهمل ، أو اتخذ حق الولاية وسيلة لتحقيق اغراض غير مشروعة ، كان متعسفاً ، ووجب سلب حق الولاية منه .

أثر هذا المعيار في نطاق المعاملات :

قدمنا أن التحيل بما ظاهره الجواز ؛ لتحليل محرم ، أو اسقاط واجب ، تعسف ؛ لانـه استعمال الحق لتحقيق غرض لم يشرع لأجله ؛ وهو غش نحو الشريعة ، فيبطل التصرف - كما يقول **ابن تيميه** [2] لوجهين :

احدهما : ان الامر المحتال عليه أبطل ما فيه من **حكمة الشارع** .

والثاني : ان الامر المحتال به لم يكن له حقيقة ، ولا كان مقصوداً ، بحيث يكون محصلا لحكمة **الشارع ومقصوده فيه** ، فصار مفسداً بسعيه في حصول المحتال عليه اذا كان حقيقته المحرم ، ومعناه موجوداً فيه ، وان خالفه في الصورة » .

وقـد بين الامام الشاطبي حقيقة الحيلة ، وانها « تقديم عمل ظاهر الجواز ، لابطال حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر الى حكم آخر ؛ فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة [3] » .

والتحيل تعسف ؛ لانه اتخاذ امر ظاهر الجواز ؛ لابطال حكم شرعي ، فمآل العمل بالحيلة - كما يقول الشاطبي - **خرم قواعد الشريعة** [4] ، اي هدمها ، وليس أمعن في الغش نحو الشريعة من

---

(١) الاعتصام للشاطبي جـ ٢ ص ١٢٢ - راجع الحقوق الغيرية ص ١٢٤ - ١٢٦

(٢) الفتاوى جـ ٣ ص ١٣٤ - راجع الموافقات جـ ٤ ص ٢٠١ .

(٣) الموافقات جـ ٤ ص ٢٠١ .

(٤) الموافقات جـ ٤ ص ٢٠١ .

هدم مقاصدها التي من اجلها انزلت تحت ستار الحقوق والاباحات !

ولا نظن أن أحداً من العلماء يجيز هذا [1] ؛ لان مناقضة قصد الشارع فيه ظاهرة ، فالمحتال اتخذ ما خوله الحق او الاباحة من سلطة ، وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع .

والاصل الذي بني عليه إبطال الحيل هو : أن الأحكام شرعت لمصالح قصد الشارع تحقيقها ، والقول بجواز الحيل ينافي ذلك ؛ لان التحيل سعى لهدم هذه المصالح ، وفي هذا يقول الامام الشاطبي: « **والاصل أنّ القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعيّ** » [2] .

ومن هنا أبطل فريق من الفقهاء **نكاح التحليل** .

ولنبحث الآن في هذا النكاح ؛ لنرى وجه التعسف فيه .

نكاح التحليل

ذهب **الحنابلة والمالكية** الى إبطال نكاح التحليل . **فقد جاء في المغني** :

« إن نكاح المحلل **حرام باطل** في قوله عامة أهل العلم ، منهم الحسن ، والنخعي ، وقتادة ، ومالك ، والليث والثوري ، وسواء قال زوجتها الى أن تطأها ، أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما ، أو أنه إذا أحلها للأول طلقها » [3]

ثم أتى بالأدلة على ذلك .

ويقول صاحب المغني ايضاً : « فان شـرط عليه التحليل قبل العقد ، ولم يذكره في العقد ، ونواه في العقد ، أو نوى التحليل من غير شرط ، فالنكاح باطل أيضاً [4] » .

---

(١) وانما الخلاف بينهم فيما يتحقق فيه المناط ، وهو التذرع ؛ كما ذكرنا قبلا - راجع قاعدة الذرائع .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٨٦ .

(٣) المغني جـ ٦ ص ٦٤٦ .

(٤) المرجع السابق .

ويتفق المالكية مع الحنابلة في حرمة هـذا النكاح وبطلانه ؛ اذ جاء في كتب الفقه المالكي المعتبرة ، **انه يفرق بينهما قبل الدخول وبعده** ، ويعاقب المحلل ، والزوجة ، والشهود ، إن علموا ، **ولا تحل الزوجة لمطلقها الاول**[1] .

وفي مذهب الحنفية تفصيل :

فالامام أبو حنيفة يرى صحة زواج التحليل ، ولو تضمن العقد ما يدل على هذا الغرض ، أي شرط التحليل ، ذهاباً منه الى أن الشرط المقترن بعقد النكاح هو الذي يفسد ، ويبقى العقد صحيحاً ؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، والى هذا ذهب محمد، غير أنه يرى أن الزوجة **لا تحل بهذا النكاح لزوجها الاول ؛ معاملة له بنقيض قصده ؛ ولاستعجاله أمراً قبل الأوان فيعاقب بالحرمان** .

أما الامام أبو يوسف فأفسد النكاح في هذه الحال، وهو قول عند الشافعية .

جاء في الهداية : « واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح **مكروه** » لقوله عليه الصلاة والسلام : « لعن الله المحلل والمحلل له »[2] وهذا هو محمله[3] .

منشأ الخلاف في نكاح التحليل عند الائمة:

ويذكر ابن رشد سبب الاختلاف ، وأنه في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام« **لعن الله المحلل والمحلل له** » فمن فهم من اللعن التأثيم فقط، قال: النكاح صحيح ، ومن فهم من التأثيم فساد العقد ؛ تشبيهاً بالنهي الذي يدل على فساد

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٨ – المدونة جـ ٢ ص ٢١١ منح الجليل جـ ٢ ص ٥٧ و ٥٨ الزرقاني على الموطأ جـ ٣ ص ١٣٧ .

(٢) عن ابن مسعود قال ؛ « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له » رواه احمد والنسائي ، والترمذي ، وصححه .

وعن عقبة بن عامر قال ؛ قال رسول الله (ص) : الا أخبركم بالتيس المستعار ؛ قالوا بلى يارسول الله ! قال : هو المحلل – لعن الله المحلل والمحلل له ، رواه ابن ماجه – نيل الاوطار – للشوكاني – جـ ٦ ص ١٣٨ – ١٣٩ .

(٣) الهداية جـ ٢ ص ٨ .

المنهي عنه ، قال : **النكاح فاسد**[1] .

على أنه قد يبدو أن أبا حنيفة **متناقض** مع الاصل الذي ذهب اليه، من أن الباعث غير المشروع ، اذا أفصح عنه بعبارة في صيغه "-تـ بطل ، وهنا قد قال بفساد الشرط دون العقد ، إلا أنه قد يقال ؛ دفعاً هذا التناقض ، بأن العاقد في نكاح التحليل ، لم يقصد فيه محظوراً قصداً مباشراً ؛ لانه قصد حل الزوجة لمطلقها الأول ، وهذا أثر من آثار العقد ،ومن مقتضياته شرعاً ، وهو في ذاته غير محظور ؛ فلا يكون مجرد القصد اليه محظوراً ؛ ولكن الحظر جاء **من ناحية ارادة الفرقة وعدم استدامة النكاح**، وهذا لم يقصد اليه مباشرة ، وقد يُقدِم فلا يفارق ، **ولهذا كان مكروهاً ؛ لأنه لم يتمحض للحرام.**

غير أن هذا في الحقيقة لا يدفع التناقض ؛ لأنه يمكن أن يقال في كلّ عقد اقترن بالباعث غير المشروع عبارةً ، أن العـــاقد قد يتغير قصده بين آونة واخرى ، فينبغي أن يصح كل عقد .

أما الشافعية فقد كانوا متسقين مع أصلهم[2] .

وعندي ، أن ما ذهب اليه الحنابلة والمالكية هو الذي يتفق ومقاصدالشريعة وروحها ؛ لأن النكاح الذي اعتبر في الشرع شرطاً لتحليل المطلقة ثلاثاً الى زوجها الأول ،هو النكاح بمعناه الحقيقي لا الصوري،وهو الذي يقصد به التناسل والمودة والدوام ، حتى اذا عرض لهذا النكاح ما أدى الى الفرقة ، تحقق الشرط للتحليل بهذا المعنى .

ويوضح ابن القيم صورية نكاح التحليل ،وأنه وسيلة لتحقيق مصلحة لم يشرع النكاح لاجلها ، حيث يقول :

« والله تعالى قد جعل كل واحد من الزوجين سكناً لصاحبه ، وجعل بينهما مودة ورحمة ؛ ليحصل بذلك مقصود هذا العقد العظيم ، وتتم بذلك المصلحة التي

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٨ ، ونساد النكاح مقصود به بطلانه .

(٢) راجع فكرة الباعث في الفقه الاسلامي وصلته بنظرية التعسف .

شرع لاجلها العزيز الحكيم ، فسَلْ هـذا التيس المستعار ، **هل له من ذلك نصيب** ، أو هو من حكمة هذا العقد ومقصوده ومصلحته أجنبي غريب؟»[1] .

ومؤدّى هذا الكلام ، أن نكاح التحليل **انحراف بالحق عن غايته** .

ويبين ابن تيمية وجه مناقضة قصد المحلّل لقصد الشارع ، **وأن المناقضة هي علة الابطال** ؛ اذ يقول :

« وبهذا يظهر أن نكاح التحليل إنما بطل ؛ لأن الناكح قصد ما يناقض قصد النكاح ؛ لانه قصد أن يكون نكاحه لها وسيلة الى ردها الى الاول ، **والشيء اذا فُعِلَ لغيره كان المقصود بالحقيقة هو ذلك الغير ، لا إياه** ؛ فيكون المقصود بنكاحها **ان تكون منكوحة للغير ، لا ان تكون منكوحة له ؛ اذ الجمع بينهما متناف** ، **وهو لم يقصد ان تكون منكوحة له بحال** ؛ حتى يقال قصد أن تكون منكوحة له في وقت آخر ؛ اذ لو كان كذلك ، لكان يشبه قصد المتعة من غير شرط ؛ ولهذا ، لو فعله فقد قيل هو كقصد التحليل ، وهو المشهور عندنا كما تقدم ، وقيل ليس كذلك ، واذا لم يكن كذلك ، لم يصح الحاقه بمن لم يقصد ما ينافي النكاح في الحال ولا في المآل بوجه ، مع كونه قد أتى بالقول المتضمن في الشرع لقصد النكاح»[2] .

ويقول في موضع آخر :

« وقصد المحلل في الحقيقة ليس بقصد الشارع ، فإنه إنما قصد الرد الى الاول ، **وهذا لم يقصده الشارع ، فقد قصد ما لم يقصده الشارع ، ولم يقصد ما قصده ، فيجب ابطال قصده بابطال وسيلته**»[3] .

ويؤصل ابن تيمية في التصرفات أصلاً عاماً ؛ حتى تبرأ من التعسف المحرم ؛ اذ

---

(١) اعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٥ واغاثة اللهفان ص ٢٧٩ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٤٩ .

(٣) المرجع السابق ص ٥٧ .

يقول : « **ولا بد في صحة التصرف من رضى المتصرف وموافقة الشرع**»[1] أي أن صورة التصرف من الايجاب والقبول ، وصدورهما من اهلها مضافين الى محلها ، لا يجزىء في صحته ؛ بل لابد أن يكون الباعث **متفقاً** مع قصد الشرع فيما شرع له ذلك التصرف من غرض ، أي ان يكون التصرف موافقاً للشرع **ظاهراً وباطناً**[2] .

وهذا ما قرره الامام الشاطبي في غير موضع، اذ يقول: «لما ثبت ان الاحكام شرعت لمصالح العباد ، كانت الاعمال معتبرة بذلك ؛ لأن مقصود الشارع فيها كما تبين ، فاذا كان الامر في **ظاهره وباطنه** على أصل المشروعية ، فلا إشكال ، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة ، فالفعل غير صحيح وغير مشروع ؛ لأن الاعمال الشرعية **ليست مقصودة لأنفسها ، وانما قصد بها امور أُخَر هي معانيها ، وهي المصالح التي شرعت لأجلها** ، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات[3] » .

على أن تحريم نكاح التحليل وإبطاله على ما هو الراجح ، يعتبر دليلًا على أن استعمال الحق يجبُ أن يكون في الغرض الذي شرع لأجلهِ ، **ولو لم يترتب عليه ضررٌ بأحد ، وابطاله انما جاء من جهة أنه مخالف للحكمة الغائية التي قررت له** ، وهي - كما ترى - الغرض الاجتماعي الذي تقرر لاجله عقد الزواج ، فالتعسف حقيقته المناقضة ، **سواء ترتب عليها ضرر بالغير ام لا** .

والخلاصة : ان الشريعة لا تجيز اتخاذ الحق وسيلة لتحقيق أغراض غير مشروعة لم يتقرر ذلك الحق من اجلها ؛ لانه تعسف .

---

(١) المرجع السابق ص .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٨٥ .

(٣) راجع تفصيل هذا الموضوع في فكرة الباعث في الفقه الاسلامي ، وصلته بنظرية التعسف .

المعيار الثاني :

الاختلال البيّن في توازن المصالح – او انعدام التناسب .

لقد وسّعت الشريعة الاسلامية من نطاق معايير نظرية التعسف الى حد لم يعرف له نظير في التشريعات الاخرى ، قديمها وحديثها ؛ فلم تقتصر على المعيار الذاتي : من تمخض قصد[1] الاضرار، او مظنة هذا القصد، باستعمال الحق دون منفعة تعود على صاحبه، وتلحق بغيره في الوقت نفسه ـ اضراراً راجحة[2] او بالتصرف في حقه على وجه يمنع النفع عن نفسه وعن غيره[3] ، كما في قضية محمد بن سلمة ، او الانطلاق في التصرف بالحق تحت تأثير باعث غير مشروع ؛ لتحقيق اغراض غير مشروعة ، مما يعد احتيالا على الغاية التي قررها الشرع للحق[4] .

أقول : لم تقتصر الشريعة الاسلامية على هذا المعيار ، وهو انتفاء المصلحة المشروعة للحق ، بل اقرت ـ الى ذلك ـ معيار التوازن او التناسب بين المصالح المتعارضة الذي يقتضيه مبدأ العدل المطلق في الفقه الاسلامي[5] .

فاستعمال الحق على وجه يخل بهذا التوازن ، بأن يجعل التفاوت بين المصلحة التي يبتغيها صاحب الحق، والمفسدة التي تترتب على ذلك شاسعاً، يصبح غير مشروع، سواء أكانت المفسدة اللازمة عن ذلك لاحقة بالفرد أم بالجماعة .

---

(١) راجع ادلة النظرية من الكتاب الكريم ، وتفصيل القول في تمحض قصد الاضرار في استعمال حق الايصاء ، وحق الرجعة ، وحق الرضاع .

(٢) راجع التطبيقات التي ذكرناها من مختلف المذاهب في المعيار الاول .

(٣) راجع قضاء عمر في قضية محمد بن مسلمة في ادلة النظرية من فقه الصحابة .

(٤) راجع التعسف في استعمال السلطة ص ١٠٣ وما بعدها – فكرة الباعث في الفقه الاسلامي – وقاعدة الحيل المتفرعة عن مبدأ النظر في المآلات ص ٤٠٣ وما بعدها .

(٥) راجع مبدأ العدل المطلق في الفقه الاسلامي ، وصلته بنظرية التعسف ص ١٠٣ .

وينطوي هذا المعيار على الضوابط الآتية :

اولاً – الاختلال البيّن بين مصلحتين فرديتين ، بحيث لايكون ثمة تناسب بينهما اطلاقاً .

ثانياً **الضرر الفاحش** اللاحق بالجار من جراء استعمال المالك لعقاره .

ثالثاً – **الضرر العام** اللاحق بالمجتمع الاسلامي ، او بقطر من أقطاره ، أو بأهل بلد من ذلك القطر ، او بأهل حيّ من ذلك البلد ، او بجماعة عظيمة منهم ، من جراء استعمال الحق الفردي .

وهذه الضوابط الثلاثة ، يجمعها معيار اختلال التوازن البيّن بين المصالح المتعارضة .

وقد ذكرنا، أن هذا المعيار **موضوعي مادي**، ينظر الى ثمرة الأفعال ونتائجها في حد ذاتها ، وبيّنا أنه مشتق من أصل مستقر في أصول الفقه الاسلامي ، **وهو النظر في مآلات الأفعال** الذي تفرع عنه مبدأ سد الذرائع ، والاستحسان ، والاستصلاح [1] ، ومراعاة الخلاف ، كما تأيّد بالقواعد الفقهية المحكمة [2] .

هذا ، وقد أقمنا الدليل – في بحث تأصيل التعسف – على أن دور النظرية في هذا المعيار يبدأ من مجرد التسبب ، وأن المسئولية التي تترتب على ذلك مسئولية مطلقة غيرمشروطة « بالتعدي » بالفقه الاسلامي الذي يقترب من فكرة « الخطأ » المولّد للمسئولية التقصيرية في الفقه القانوني .

وهذا الاصل هو الذي ينادي به فقهاء القانون المدني والدولي [3] على السواء في العصر الحاضر ؛ لمواجهة نتائج النشاط الصناعي والذري، وهذا دليل بيّن على مرونة هـــذه المعايير التي تستجيب لمقتضيات كلّ عصر في ميادينه الاجتماعية

---

(١) راجع الاصول الفقهية التي تؤيد نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٤٠٣ وما بعدها .

(٢) راجع القواعد الفقهية التي تثبت النظرية عن ٤٠٣ وما بعدها .

(٣) المسئولية الدولية – للدكتور محمد حافظ غانم ص ٩٨ .

والاقتصادية والسياسية والحربية . ولنتناول هذه المعايير بالشرح ، ونورد بعضاً من التطبيقات عليها .

أولاً – انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بغيره من الأفراد؛ففي هذا المعيار لا يتمحض قصد صاحب الحق للاضرار ؛ بل قد يدّعي أن له مصلحة مشروعة؛ولكن من مقتضى العدالة أن يسأل الغيرُ صاحبَ الحق؛ تبريراً لهذا الضرر الذي يتوقع أن يصيبه، أو يكون قد أصابه بالفعل، من جراء استعماله لحقه؛حتى إذا وجد أن تلك المصلحة العائدة لذي الحق من التفاهة أو الضآلة بحيث لا يستقيم في ميزان العدل أن يتحمل الغير تلك الأضرار من أجلها، اضحت غير مشروعة ؛وبالتالي لا يُباح التسبب او استعمال الحق من أجل تحقيقها، بالنظر لهذا التفاوت بين المصلحة المتوخاة والمفسدة اللازمة عنها ، واذا كان قد تسبب في ايجادها فعلا ، فإن مسئوليته تثور بالنسبة الى هذه الاضرار .

وهذا التوازن قد حرص المشرع الاسلامي على إقامته ، وجعل ضابط المشروعات[1] غلبة المصلحة على المفسدة، فالاختلال البيّن الذي ترجح فيه المفسدة رجحانا كبيراً يتناقض وهذا الضابط المعهود في الشرع ، ومن ثم يكون علة في تحقق التعسف، او مناقضة الشارع .

على أن هذا المعيار – وإنْ كان موضوعياً بحسب الاصل – إلا أن تفاهة المصلحة بالنسبة للضرر الذي يصيب الغير، قد تتخذ قرينة على قصد الاضرار كما قلنا .

ومن تطبيقات ذلك :

أ – ما جاءت به السنة من قضاء رسول الله ﷺ على سمرة بن جندب بقلع نخلته ؛ دفعاً للضرر الأشد بالأخف ، وهذا لا يمنع من التعويض بأخذ القيمة .

وفي هذا يقول ابن قيم الجوزية :

« وان كان عليه – على صاحب الشجرة – في ذلك ضرر يسير ، فضرر

---

(١) راجع الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٥٠ وما بعدها في تقريره هذا الضابط ، وانه ثابت بالاستقراء ، وما أتى به من امثلة على ذلك .

صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم ؛ فان الشارع يدفع أعظم الضررين **بايسرهما** ؛ فهذا **هو الفقه والقياس والمصلحة** وان أباه من أباه[1] » .

ب – **في قسمة الملك** : لو كان له ُعشر دار لا يصلح للسكنى ، والباقي للآخر ، وطلب صاحب الأكثر القسمة ، أجيب في الأصح ، وان كان فيه ضرر شريكه[2] .

حـ – لو غصب ساجةً فأدخلها في بنائه ، انقطع حق المالك – كما يقول الكرخي – اذا كانت قيمة البناء أكثر ، ويضمن الغاصب قيمتها ؛ دفعاً لأشد الضررين بارتكاب أخفها[3] .

وجاء في المدونة : لو أن رجلاً غصبَ أرضاً ، فغرسَ فيها شجراً ، فاستحقها ربها ؛ فانه يقال للغاصب اقلع شجرك ، إلا أن يشاء رب الارض ان يأخذها بقيمتها مقلوعة[4] ، فحق رب الارض مقدم ؛ لان ضرره أشد ؛ فيدفع بالاخف .

د – **وجاء في جامع الفصولين** :

« انقضت المدة ، والزرع بقل ؛ فعلى المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى الحصاد ؛ لأن في قلع الزرع – وهو بقل – ضرراً أشد من ابقائه بعد انتهاء مدة العقد الى الحصاد بأجر المثل ؛ فيصار الى هذا الاخير ؛ توفيقاً بين الحقين ؛ ودفعاً

---

(١) الطرق الحكمية – لابن قيم الجوزية ص ٣١٠ – وراجع ادلة النظرية من السنة ص ٣٠٢ وما بعدها – وراجع ص ٢١٠ من هذا الكتاب .

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٥ .

(٣) مجمع الضمانات – ص ١٣٥ جامع الفصولين ج ٢ ص ١٣٥ . غمز عيون البصائر للحموي على الاشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٢٢ . والاشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٥ وما بعدها .

(٤) المقدمات لابن رشد ج ٤ ص ١٩٠ – راجع القاعدة الخامسة من القواعد الفقهية التي تثبت نظرية التعسف ، وما ورد فيها من فروع تطبيقية .

للضرر الاشد بالاخف[1] .

ثانياً – يمنع صاحب الحق من استعمال حقه اذا تخيّر وجهاً للاستعمال اضرّ من غيره ، ولو كانت له مصلحة مشروعة غير تافهة :

هذا ، وينبغي أن يلاحظ ، أن تخير صاحب الحق من بين أوجه استعمال حقه – لتحقيق مصلحة مشروعة له – الوجه الذي يستضر منه غيره ، في حين أن له ندحة عن ذلك الوجه الى آخر يحقق له مايريد،ولا يستضر منه الغير، تعسف؛ فيمنع من استعمال حقه على الوجه الضار ، ولو كانت له مصلحة مشروعة **غير ضئيلة وتافهة** ؛ذلك ، لان توخيه لذلك الوجه الضار قرينة على قصده الاضرار ، ولا يشفع له كونه قاصداً مصلحة جدّية ومشروعة .

يقول الامام الشاطبي في ذلك: « إما ان يكون اذا رفع ذلك العمل،وانتقل الى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة ، او درء تلك المفسدة حصل له ماأراد، أوْ لا ؟ فان كان كذلك ؛ فلا إشكال في منعه منه ؛ **لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الاضرار** ، فلينقل عنه ولا ضرر عليه ، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الاضرار »[2] .

ويقول صاحب البهجة شرح التحفة في هذا الصدد ايضاً ، فيمن أراد أن يحفر بئراً في ملكه ، ويضر بجدار جاره « وأما إن وجد عنه مندوحة ، ولم يتضرر بترك حفره ، فلا يمكّن من حفره ؛ لتمحض قصد إضراره بجاره[3] » .

يؤخذ من هذا،أن الفعل الذي يتخذ وسيلة لاستعمال الحق،ينبغي أن يكون **لازماً وملائماً** ؛ حتى إذا لم يكن كذلك ، بأن كان ثمة ندحة عنه ، كان تعسفاً اذا ألحق بالغير مضرة .

---

(١) جامع الفصولين ص ٢١٨ .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٤٩ .

(٣) البهجة شرح التحفة للتسولي جـ ٢ ص ٣٣٦ .

المعيار الثاني الموضوعي :

الضرر الفاحش :

هذا المعيار قرره الفقه الاسلامي ؛ **لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة** ، **لاسيا في العلاقات الجوارية** ولاشك أن في تنظيمها وتنسيقها ؛ رعاية للصالح العام .

وقد رأينا المذهب المالكي والحنبلي ، ورأي فقهاء الحنفية المتأخرين الذي استقر في المذهب الحنفي[1] ، أن حق المالك مقيد في التصرف بملكه قضاء بما يمنع الاضرار الفاحشة عن جاره ، وهي **المضار غير المألوفة** .

اما الضرر المألوف ، فلا بدّ من تحمله والتسامح فيه ؛ إذ لو قيل بمنعه ، لأدّى ذلك الى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافة ، وذلك يخالف النصوص الواردة في ولاية التصرف في الملك ، كما أنه مخالف للاجماع والمعقول ؛ لعدم استقامة امكانية استعمال حق الملكية باطلاق .

على أن حق الملكية مقيد[2] **ديانة** بما يمنع الاضرار عن الغير **بالاجماع**[3] ؛ وللنصوص الواردة في تحريم ايقاع الضرر أو القصد اليه .

ولا شك أن تصرف المالك على نحو يلحق بجاره أضراراً فاحشة يخل **بالتوازن** بين المصالح الفردية ، ومآل ذلك ، الاخلال بالمصلحة العامة لحساب الصالح الفردي ، وذلك انحراف بالحق عن غايته ؛ اذ لم يشرع لذلك ، والانحراف تعسف .

وتأسيساً على هذا ، يمكن القول بان نظرية التعسف ترتبط أساساً بالنتائج

---

(١) راجع علاقات الجوار ص ٣٠٨ وما بعدها وراجع اصول التكامل الاجتماعي واثره في تقييد الحق الفردي ص ٢٢٤ وما بعدها وراجع آراء الأئمة في مدى استعمال حق الملكية بالاستناد الى حديث « لاضرر ولا ضرار » ص وما بعدها .

(٢) الاحياء للغزالي ج ٢ ص ٢١١ .

(٣) راجع ص ٣٨٠ و ص ٢٢٤ في هذا العدد .

المترتبة على استعمال الحق لابمضمونه ، اي بالسلطات المنوحة لصاحب الحق ؛ لان المفروض ان المالك يتصرف ضمن حدود هذه السلطات لم يجاوزها ، او بعبارة اخرى ، ان نظرية التعسف تتعلق بغاية الحق ، فالحق لم يشرع ليكون وسيلة تفرض على الناس أضراراً فاحشة ، أو تلحق بالجماعة ضرراً عاماً ؛ لان ذلك -كما بينا- لا يتفق وروح الشريعة وغاياتها الأساسية: من حفظ حق الفرد وحق **الغير معاً** ، وهذه الغاية إذا ما أخل بها ، كان ذلك في الواقع إخلالاً بروح الشريعة وغاية الحق فيها؛ اذ ليست غاية الحق فردية خالصة حتى يطلق لصاحبه التصرف فيه ، بقطع النظر عما يفضي اليه ذلك من نتائج تخل بالتوازن، او تقضي على الازدواجية المتوازنة في الحق الفردي ، او بعبارة اخرى ، ليست المصلحة الفردية المشروعة هي الغاية الوحيدة للفقه الاسلامي ، حتى اذا ابتغى الفرد تحقيقها ، برر بها مايترتب على توخيها من نتائج ، وإنما تبقى المصلحة او المنفعة الشخصية مشروعة إذا وافقت الشرع ومقاصده ومبادئه العامة .

وبذلك تكون غاية الحق في الشرع غاية اجتماعية ، أي منظوراً فيها حق الغير ، وهذا ما نعنيه بالغاية المزدوجة للحق .

فنظرية التعسف في الفقه الاسلامي اذن لايتقيد الحق فيها لمجرد كبح جماح صاحبه عن الانطلاق في تحقيق اغراض غير مشروعة ؛ بل وتكبح جماحه أيضاً عن الانطلاق في تحقيق اغراض مشروعة في ذاتها ، اذا كانت تلك الاغراض من التفاهة والضآلة بحيث لاتتناسب مطلقاً مع مايلزم عنها من اضرار فاحشة بالغير ، وليس من المنطق التشريعي ولا من العدل تبريرها بها .

يرشدنا الى هذا، القواعد الفقهية التي استقرت في الفقه الاسلامي نتيجة لاستقراء الاحكام التفصيلية في موضوعاتها ، او النصوص التشريعية الواردة بها ، أضف الى هذا، انه قد استقر تقييد حق الملكية في العقار في معظم المذاهب الفقهية[1]،

---

(١) راجع في هذا الكتاب مايأتي :

مدى استعمال حق الملكية عند أئمة المذاهب بالاستناد الى حديث« لاضرر ولا ضرار».

استناداً الى نصوص الكتاب[1] والسنة[2] في رعاية حق الجار[3]، ومبدأ المصلحة بما يمنع الاضرار الفاحشة .

والعقار أعم من أن يكون داراً للسكنى ، أو ارضا جبلية او زراعية ، أو حائطاً مملوكا لأحد الجارين ، أو غير ذلك من العقارات .

والضرر الفاحش أعم من **أن يكون مادياً** ، كالدخان الكثيف ، والأصوات المقلقة للراحة ، وتلويث مياه البئر بالنجاسات أو القاذورات ، والروائح الكريهة الضارة بالصحة ، ومنع الشمس والهواء والنور ، وغير ذلك من الاضرار المادية التي تعطل الانتفاع بالمنافع المقصودة من العقار[4] . أوتسبب وهنه أو انهدامه .

أو معنويا — كالاشراف على مقر النساء في الدار المجاورة .

ونعرض الآن للمذاهب الفقهية ؛ لنرى مدى أخذها بهذا المعيار في العلاقات الجوارية .

١ — المذهب المالكي :

جاء في المدونة : « قلت : وكذلك لو كانت بئري في وسط داري ؛ فحفر جاري في وسط داره بئرا يضر ببئري، منع من ذلك؟ قال: نعم ! ووسط الدار

---

(١) وبالوالدين احسانا وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب / النساء / ٣٦ .

(٢) راجع صحيح مسلم ج ١ ص ٩ ؛ الاحاديث التي وردت في رعاية حق الجار ، جمعها المنذري في الترغيب والترهيب ج ٣ ص ٢٥٣ - ٢٥٤ واحياء علوم الدين ج ٢ س ١٨٩ .

(٣) اثر مبدأ التضامن في تقيد الحق الفردي — وظيفة الحق الاجتماعية ص ٢١٦ وما بعدها .

(٤) سيأتي بيان الضابط للضرر الفاحش .

وغير وسطها سواء ، يمنع جاره من أن يحدث في داره بئراً يضر ببئر جاره عند مالك »[1] .

وجاء فيها أيضاً : « قلت : فلو أن رجلاً بنى قصراً الى جانب داري رفعها عليّ ، وفتح فيها أبواباً وكوىً يشرف منها على عيالي أو على داري ، أيكون لي أن امنعه من ذلك في قول مالك ؟ قال نعم ! يمنع من ذلك »[2].

وجاء فيها أيضاً[3] :

« قلت أرأيت أن كان فيها عرصة الى جانب دور قوم ، فاردت ان احدث في تلك العرصة حماماً ، أو فرناً ، أو موضعاً لرحا ، فأبى عليّ الجيران ذلك ، أيكون لهم أن يمنعوني في قول مالك ؟»

قال : إن كان مايحدث ضرراً على الجيران ، من الدخان وما أشبهه ، فلهم ان يمنعوك من ذلك ؛ لان مالكاً قال : يمنع من ضرر جاره ، فاذا كان هـذا ضرراً منع من ذلك . قلت : وكذلك إن كان حداداً ، فاتخذ فيها كيرا ، او اتخذ فيها أفراناً يسيل فيها الذهب والفضة ، أو اتخذت فيها أرحية تضر بجدران الجيران ، أو حفر فيها آباراً ، واتخذ فيها كنيفا قرب جدران جيرانه ،منعته من ذلك ؟ » .

قال : نعم ، كذلك قال مالك في غير واحد من هذا في الدخان وغيره .

في رفع البناء إذا حجب النور والشمس والهواء

« اذا رفع بنيانه بحيث منع الضوء والريح عن جاره ، ولو كان له في ذلك غرض صحيح ، ففي المذهب قولان : بالمنع وعدمه ».

---

(١) المدونة جـ ١٥ ص ١٩٧ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) جـ ١٤ ص ٢٣٥ .

« اما إذا لم يكن له في ذلك منفعة ؛ فإنه يمنع قولاً واحداً »[1]

ويقول صاحب البهجة في تعليل ذلك :

« اذ لاضرر اكثر من أن يمنع الانسان جاره الضوء والريح من غير نفع يعود عليه في ذلك »؛ اي ان مثل هذا التصرف يعتبر من اعلى مراتب التعسف.

ولو منع ببنيانه الريح والشمس عن « الأندر »[2] فانه يمنع ، لان منفعته تبطل كلها .

وعندي، أن هذا التعليل يفيد أن كل ضرر تبطل به المنفعة المقصودة من العقار ، يمنع ، سواء أكان أندر أو داراً للسكنى ؛ نعم، جاء في المدونة قولٌ ظاهره[3] أن المالك اذا رفع بنيانه لغرض صحيح لايمنع ،ولو أضر بغيره،بمنع الريح والشمس عن داره ؛ ذهابا من المالكية الى ان هذا لا يعطل المنافع المقصوده من الدار ؛ اذ يمكن فتح كوة سماوية في السقف ؛ لكن هذا التعليل يشعر بأن نظام البيوت والدور في ذلك العصر ، كان يسمح بذلك ، بخلاف نظامها في ايامنا هذه ؛ ولذا قلت إن معيار الضرر الذي يقيد استعمال الحق هو ان يبلغ حداً يُبطل المنافع المقصودة من الدار ، كما اشار الى ذلك تعليلهم في التفرقة بين الدار والاندر[4] .

ويقول ابن جزيء : « ومنه ـ اي من الضرر الذي يمنع ـ ان يبني شيئاً يمنع الريح به ، فالمشهور منعه[5] » .

---

(١) البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٣٤٣ وما بعدها .

(٢) الاندر بيدر القمح .

(٣) وجاء في القوانين الفقهية ان هذا النوع من الضرر مختلف فيه على قولين. ص ٣٢٧ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٣٢٧ – المرجع السابق – غير أنه يجعل الضرر المتفق على ازالته فتح كوة – وانشاء فرن او حمام ، وصرف الماء على دار الجار ، او على سقفه ، او يجري في داره ماء يفيض بحيطان جاره ، واما رفع البنيان الذي يمنع الهواء والضوء فمختلف فيه ، وقد بينت الوجه في ذلك .

ويقول ايضاً « من أحدث ضرراً امر بقطعه [1] » .

والخلاصة : ان كل ما يحدث ضرراً محقق الوقوع[2] يعطل المنافع المقصودة من عقار الجار، يمنع في المذهب المالكي، هذا فضلا عن الضرر الادبي او المعنوي، من فتح الكوى او ما أشبه للاشراف على مقر النساء [3] .

في المذهب الحنبلي :

يقيد المذهب الحنبلي المالك في التصرف بملكه بما يمنع الضرر الفاحش عن جاره؛ فقد جاء في المغنى[4] : « وليس للجار التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره، نحو ان يبني فيه حماماً بين الدور ، او يفتح خبازاً بين العطارين ، او يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها ، او يحفر بئراً الى جانب بئر جاره يجتذب ماءها ، وبهذا قال بعض اصحاب ابي حنيفة . »

وفي كشاف القناع [5] : « ان المالك يمنع من احداث ما يضر بجاره ، من حفر كنيف بجانب حائط جاره ، او بناء حمام ، او نصب تنور يتأذى جاره باستدامة دخانه » الى آخر ما هو مبعث للاضرار البينة ؛ اذ يقول :

(١ و ٢) قلنا : « الضرر المحقق » احترازاً عن الضرر البعيد الاحتمال ، والمحقق شامل للواقع فعلا في الحال ، او المتوقع حصوله في المستقبل باحتمال راجح .

(٣) البهجة شرح التحفة للتسولي ج ٢ ص ٣٣٥ وما بعدها ، التبصرة لابن فرحون ج ٢ ص ٢٢٥ المنتقى على الموطأ ج ٦ ص ٤١ المدونة ج ١٥ ص ١٩٧ - للمدونة ج ١٤ ص ٢٣٥ - القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٣٢٧ - معين الحكام ص ١٩٨ - رحمة الامة ص ١٥٦ - جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ .

هذا ومن باب اولى اذا سبب وهن العقار او انهدامه .

(٤) ج ٤ ص ١٥٨ ، وراجع بحث مدى استعمال حق الملكية بالاستناد الى حديث « لاضرر ولا ضرار » في رأي أئمة المذاهب في هذا الكتاب - وجامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ .

(٥) ج ٣ ص ٣٣٩ - ٣٤٠ .

« ويحرم على الجار احداثه في ملكه ما يضر بجاره ؛ لخبر « لا ضرر ولا ضرار » احتج به الامام احمد ، ويمنع الجار منه ، أي من احداث ما يضر بجاره اذا اراد فعله لما تقدم ، كما يمنع من ابتداء احيائه ما يضر بجاره » . وأمثلة احداث ما يضر بالجار كحفر كنيف الى جنب حائط جاره يضره ، وبناء حمام يتأذى بذلك ، ونصب تنور يتأذى جاره باستدامة دخانه ، وعمل دكان قصارة او حدادة يتأذى بكثرة دقه ، ويتأذى بهز الحيطان منذ لك ، ونصب رحى يتأذى بها جاره ، وحفر بئر ينقطع بها ماء بئر جاره ، وسقي واشعال نار يتعديان اليه ؛ أي الى الجار ، ونحو ذلك من كل مايؤذيه ، ويضمن من احدث بملكه ما يضر بجاره ما تلف به أي بسبب الاحداث ؛ لتعديه ، بخلاف طبخه ، أي الجار ، وخبزه فيه ، اي في ملكه على العادة ، فلا يمنع من ذلك ، لأن الضرر لا يزال بالضرر » .

ويقول ايضاً :

« وان حفر انسان بئراً في ملكه ، فانقطع ماء بئر جاره ، أُمر حافر البئر بسدها ؛ ليعود ماء البئر الاول ؛ لأن الظاهر ان انقطاعه بسببها »[٣] .

وجاء فيه ايضاً[١] :

« وان كان سطح احدهما أعلى من سطح الآخر ، فليس لصاحب الأعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره ، الا ان يبني سترة استره ، وقال الامام الشافعي : لا يلزمه عمل « سترة ؛ لأن هذا حاجز بين ملكيها ، فلا يجبر احدهما كالأسفل » .

ولنا ؛ - اي ما للحنابلة من دليل - انه اضرار بجاره ؛ فمنع منه ، كدق يهز الحيطان ، وذلك ؛ لأنه يكشف جاره ويطلع على حرمه ، فأشبه ما لو اطلع عليه من صئر بابه او خصائصه ، وقد دل على المنع من ذلك قول النبي

---

(٣) ج ٣ ص ٣٣٩ - ٣٤٠ .

(ص) : « لو ان رجلا اطلع اليك فحذفته بحصاة ، ففقأت عينه ، لم يكن عليك جناح » « ويفارق الاسفل ، فان تصرفه لايضر بالأعلى ، ولا يكشف داره »[1] .

والخلاصة : ان المذهب الحنبلي يقيد حق المالك في التصرف بملكه بما يمنع الاضرار الفاحشة عن جاره ؛ بل ويجبر المالك على أن يخلي سبيل الجار للارتفاق بملك الاول ، اذا لم يعد عليه ضرر[2] .

في المذهب الحنفي[3] :

ذهب متقدمو **الحنفية** الى ان للمالك ان يتصرف في حقه ، وان تضرر بذلك الغير ، وهو القياس .

ولكن المتأخرين منهم ، واصحاب الفتاوى ، تركوا القياس ، وقيدوا حق المالك بما يمنع اضراره بغيره ضرراً فاحشاً ؛ استحسانا ، وذكر الزيلعي **ان الاستحسان سنده المصلحة** .

والواقع ، ان المتأخرين نظروا الى مآل هذا التصرف وثمرته ، فوجدوه يتنافى ومقصد الشارع ؛ اذ ليس من مقتضى العدالة ، ولا مما يتفق مع اصل الشريعة ، ان تتخذ الحقوق وسائل لفرض اضرار فاحشة على الغير ؛ فالاستعمال الذي يفضي الى هذه النتيجة الظالمة تعسفي ؛ لانه يناقض مقصد الشارع من حيث الثمرة والمآل .

جاء في البدائع : « حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره ، وليس لأحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ، ولا لأحد ولاية المنع عنه وان كان

(١) المرجع السابق ، جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ .

(٢) جـ ٤ ص ٥١٩ .

(٣) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٧ – وراجع ص ٢٨٣ وما بعدها من الرسالة .

(٤) يراجع مبدأ مؤيدات مبدأ العدل والمصلحة لنظرية التعسف من ص ٦٥ – ٦٨ من الرسالة .

يتضرر به ، إلا اذا تعلق بـه حق الغير ، فيمنع عن التصرف من غـير رضا صاحب الحق » .

ويقول ايضاً :

« للمالك ان يتصرف في ملكه أي تصرف شاء ، سواء أكان تصرفاً يتعدى ضرره الى غيره، او لا يتعدى ؛ فله ان يبني في ملكه مرحاضاً او حماماً أو تنورا ، وله ان يُقعد في بنائه حداداً او قصاراً ، وله ان يحفر في ملكه بئراً او بالوعة او ديماســـا ، وان كان يهن من ذلك البناء ويتأذى به جاره ، وليس لجاره ان يمنعه ... ولو فعل ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن؛ لأنه لا صنع منه في ملك الغير[1] » .

هذا هو القياس ، ووجهة نظرهم ان في منـع المالك من التصرف بملكه مراعاة لحق غيره ضرراً ينزل به دون مبرر ، ولا يدفع الضرر عن غـير المالك بضرر المالك ؛ لأن في ذلك نقضاً لأصل الملكية؛ اذ الملكية تعني حرية التصرف، فتقييدها نقض لها .

وعلى هذا لايمنع المالك – في اصل المذهب الحنفي – من التصرف بملكه ، إلا اذا تعلق به **حق عيني**[2] .

ولما كان الاخذ بقاعدة الاطلاق هذه ، او بما يقتضيه القياس ، قد يؤدي الى اضرار فاحشة بالغير، وذلك مما لايتفق وروح الشريعة والعدل، أجاز المتأخرون منهم تقييد التصرف بما يمنع الضرر البين او الظاهر عن الغير **استحسانا ولأجل المصلحة**، ولا يراد **بالمصلحة هنا الا درء المفسدة الناجمة عن التصرف في الحق او التعسف فيه** ، ولا عبرة باختلاف الالفاظ ؛ بل العبرة بالحقائق والمعاني .

ويقرر الزيلعي هذا المعنى ؛ اذ يقول :

---

(١) البدائع للكاساني ج ٦ ص ٢٦٣ – ص ٢٦٤ .

(٢) وراجع مدى استعمال حق الملكية في رأي الائمة ، بالاستناد الى حيث « لاضرر ولا ضرار » .

« ان للانسان ان يتصرف في ملكه ماشاء من التصرفات ، مالم يضر بغيره ضرراً ظاهراً؛[1] فيجوز له أن يتخذ في داره حماماً؛ لان ذلك لايضر بالجيران، وما فيه من النداوة يمكن التحرز عنه ، بأن يبنى بينه وبين جاره حائطاً » .

«وعن أبي يوسف رحمه الله، أن الجيران اذا تأذوا من دخانه ،فلهم منعه ، الا أن يكون دخان الحمام مثل دخانهم . »

«ولو اتخذ في داره حظيرة غنم ، والجيران يتأذون من نتن السرقين ، ليس لهم في الحكم منعه . ولو حفر في داره بئراً فنز منها حائط جاره ، لم يكن له منعه ، وقيل إن كان يعلم ذلك يقيناً فله منعه ، وهو خلاف قول أصحابنا».

«ولو أراد بناء تنور في داره للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين ، أو رحا للطحن ، او مدقات للقصارين لم يجز ؛ لأن ذلك يضر بالجيران ضرراً ظاهراً لا يمكن التحرز عنه ، والقياس أنه يجوز ؛ لأنه تصرف في ملكه ، وترك ذلك استحساناً لأجل المصلحة [2] » والفتوى على هذا الرأي الذي قال به متأخرو الحنفية .

وبهذا الرأي أخذت مجلة الأحكام العدلية ايضاً [3] .

تحديد الضرر الفاحش :

حددت مجلة الاحكام العدلية [4] الضرر الفاحش بأنه : كل ما يمنع الحوائج الاصلية ، يعني المنفعة المقصودة من العقار ، او يجلب له : « وهنا يكون سبب انهدامه » .

---

(١) المراد بالظاهر الفاحش .

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي جـ ٤ ص ١٩٦ ـ فتح القدير جـ ٦ ص ٤١٤ ـ للسرخسي جـ ٢٧ ص ٢٢ ـ الفتاوى المهدية جـ ٥ ص ٤٧٢ .

(٣) المادتان (١١٩٧ و ١١٩٨) وراجع مرشد الجيران مادة ٥٧ .

(٤) انظر للمادة (١١٩٩) من المجلة ـ الفتاوى المهدية جـ ٥ ص ٤٧٢ .

وقد جاءت المادة (١٢٠٠) وما يليها بأمثلة للضرر الفاحش ، فمن ذلك :

١ ـ اتخاذ دكان حداد او طاحون باتصال دار .

٢ ـ احداث فرن او معصرة لا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها ؛ لتأذيه من الدخان ورائحة المعصرة .

٣ ـ حجب الضوء بالكلية .

٤ ـ إحداث المرحاض بحيث تتسرب مياهه الى بئر معدّة للشرب[1].

وهذه الاضرار ـ كما يرى من الامثلة ـ **مادية** ، فكان معيار الضرر الفاحش موضوعياً مادياً ، ولكنه ـ مع ذلك ـ مرن ، يتوقف تطبيقه على معرفة طبيعة العقار ، وموقعه ، والمنزلة الاجتماعية للسكان ، وما الى ذلك من الاعتبارات ، وهي خاضعة لتقدير القضاء ؛ لأن ما يكون ضرراً فاحشاً في حي معد للسكن الراقي ، قد لا يكون كذلك بالنسبة لحي صناعي مثلاً وهكذا .

الضرر الفاحش المعنوي :

على أن الشريعة قد اعتبرت الاضرار **المعنوية** ، من مثل الإشراف على مقر النساء من صحن الدار وبئرها ومطبخها ، بمثابة الضرر الفاحش ، وهو مساو للضرر المادي .

والقواعد المتعلقة بالضرر الفاحش من النظام العام ، فتجب إزالته قديماً كان أو حادثاً ، وقد جاء نص المجلة (**الضرر لا يكون قديماً**) ونصت المادة (٦٠) من مرشد الحيران (**يزال الضرر الفاحش قديماً كان أو حادثاً**) .

---

(١) راجع المواد (١١٢٠٠) و (١١٢٠١) و (١٢٠٢) و (١٢٠٣) و (١٢٠٤) .

الضرر الفاحش في ميدان العروفات التعاقدية :

يخطىء من يظن أن معيار الضرر الفاحش يطبق فقط على **التصرف الفعلي** في حق الملكية العقارية ؛ بل يشمل تطبيقه العلاقات التعاقدية ، ومن أجل ذلك جاء الحنفية « **بنظرية العذر** » في عقود الايجار ، وجاء المالكية والحنابلة «**بنظرية الجوائح والثار** » بالنظر لما يترتب على تنفيذ العقد من الضرر الفاحش غير المتوقع الذي يلحق الطرف المنكوب ؛ فلا ينفذ ؛ لهذا الضرر الذي لم يلتزم بالعقد .

وقد فصلنا القول فيها[1]

وهكذا نرى أن أختلال التوازن بين المصالح الفردية ، بحيث يؤدي تحصيل إحداها إلى الحاق الضرر الفاحش بالأخرى ، يكون سبباً في حد ذاته في منع المتصرف بحقه ؛ دفعاً لهـذا الضرر ، حتى اذا وقع كان موقعه مسئولاً عن رفعه تعويضاً ؛ مع قطع سببه ؛ ليمنع استمراره في المستقبل .

تعارض المصلحة العامة مع الخاصة

ويبدو هـــذا الاختلال بصورة أوضح ، إذا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة ، فيمنع التسبب من باب أولى ، ولو كان الفرد يتوخى المصلحة المشروعة التي قرر حقه من اجلها ، كما في **تلقي السلع وبيع الحاضر البادي** ، **والتزوج بالكتابيات** في ظرف يؤدي الى ضرر عام ، وكما في **الاحتكار** ، وقد فصلنا القول في ذلك ، وقلنا ان **العلة** في المنع مجرد النتيجة المترتبة على التصرف ، الواقعة او المتوقعة .

---

(١) العدالة في تشريع المعاملات المدنية ص ١٣٩ وما بعدها من هذا الكتاب، وراجع الجامع الصغير على هامش الخراج ، لأبي يوسف ص ١٠٢ .

ولا يلتفت في تقدير الضرر العام الى القصد او البواعث النفسية[1].

الاصل العام الذي ينتظم معايير التعسف

الواقع أن هذه المعايير التي ذكرناها للتعسف، من تمحض **قصد الاضرار**، **واستعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها، واختلال التوازن البيّن بين** المصالح، **والضرر الفاحش**، وتعارض المصلحة الخاصة مع العامة، كل هذه المعايير في الواقع ينتظمها أصل عام واحد يمكن ان يعتبر **معياراً عاماً للتعسف هو : استعمال الحق في غير ما شرع له .**

وبيان ذلك :

أن استعمال الحق لم يشرع وسيلة للاضرار بالغير، او لتحقيق اغراض غير مشروعة، وكذلك لم يشرع ليتخذ وسيلة الى تحقيق مصلحة ضئيلة بالنسبة لما يلزم عنه من أضرار راجحة؛ لان ضابط المشروعات -كما علم بالاستقراء- ان كل ما كان ضرره اكثر من نفعه **لايشرع**، وكذلك لم يشرع الحق ليكون وسيلة لفرض أضرار فاحشة تلحق بالغير من الافراد، أو للاضرار بالجماعة، واذا لم تكن الحقوق وسائل مشروعة لهذه الاغراض، بدا واضحاً ما في استعمالها على هذه الوجوه من مناقضة لقصد الشارع في التشريع؛ لانها استعملت في غير المصالح التي شرعت من أجلها .

---

(١) راجع الوظيفة الاجتماعية للحق ص ٢١٦ المصلحة - بيع الحاضر للبادي في أدلة النظرية من السنة - الاحتكار والتسعير ص ١١٣ - ١١٤ تقييد ولي الامر المباح للمصلحة العامة ومنع عمر التزوج بالكتابيات راجع ادلة النظرية من فقه الصحابة وما بعدها الاعتصام ج ٢ ص ١٢١ و ص ١٢٢ .

الفصل الرابع

مجال نظرية التعسف في الفقه الإسلامي

قدمنا ان الفقه الاسلامي لا يعرف التفرقة فيما يتعلق بمجال تطبيق نظرية التعسف بين الحق الذاتي والوظيفي ، ولا بين الحق الوسطي والتقديري[1] ؛ بل لا يفرق بين هـذه الحقوق بجميع أنواعها في هذا المجال ، هـذه الحقوق يشملها نطاق نظرية التعسف ، وبالتالي تخضع لاحكامها في الاستعمال ، وضربنا مثلاً للحقوق التي تعتبر تقديرية في بعض التشريعات الغربية ؛ كحق الإيصاء ، وحق الطلاق[2]، وقلنا إن حق الإيصاء ورد النص القرآني بمنع التعسف فيه ، واما حق الطلاق ، فمما يثبت أنه ليس تقديريا ، وأن نظرية التعسف تحكم استعماله ، أن جمهرة الصحابة والفقهاء ، يقيدون طلاق الفرار من ناحية آثاره ، فيورثون الزوجة ، على اختلاف في المدة التي ترث فيها ؛ معاملة للفار[3] بنقيض قصده ، مما يقطع بأن هذا الحق ليس خاضعاً لتقدير صاحبه من حيث باعثه المتعلق بحرمان الزوجة من الميراث .

---

(١) راجع ص ١٧٢ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٢) اصول القوانين للدكتور حسن كيره ص ١١٤٨ .

(٣) راجع ادلة النظرية من فقه الصحابة ـ توريث المبتوتة في مرض الموت .

لا بد من البحث ـ بادىء ذي بدء ـ في طبيعـة التعسف ، وطبيعة الحرية العامة ؛ لنحدد على ضوء منها مجال تطبيق نظرية التعسف .

انتهى بنا البحث في التكييف الفقهي للتعسف ، أنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الاصل[1] ، وقلنا إن مأتى هذه المناقضة هو استعمال **الفعل المأذون فيه شرعاً في غـــير ما شرع له**[2] من حيث الباعث أو المآل ، كما أفصح عن ذلك أصوليو[3] الفقه الاسلامي في غير موضع.

وانما قلنا : « في الفعل المأذون فيه شرعـاً » لانه يعتبر فيصل التفرقة بين ماهية التعسف حقيقة المجاوزة؛لان هذه الاخيرة **تعتمد فعلاً غير مشروع لذاته** ، لا من حيث الباعث أو المآل .

بقي أن نعرف طبيعة الاباحة ، وقد قلنا إنها « **اذن من الشارع يقربه مكنة الانتفاع لا على وجه الاختصاص** »[4] .

وقولنا « لا على وجه الاختصاص » احتراز لاخراج الحق ؛ لانه يمتـــاز بخصيصة الاستئثار[5] .

هذا ، ومن المعلوم أن مصدر الحق والرخصة إنما هو حكم الشارع .

فتلخص أن الحق والاباحة كليهما يخولان صاحبها مكنة الانتفاع ، أو سلطة شرعية للانتفاع على سبيل **الاختصاص في الأول** ، **والشركة العامة في الثاني** .

وأياً ما كان، فالذي يعنينـا هو أن هذه **المكنة او السلطة في كل منهما إنما**

---

(١) راجع ص ١٧٢ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٢) المرجع السابق في المواضع المذكورة .

(٣) الموافقات جـ ٢ ص ٣٣١ و ص ٣٣٤ و جـ ٤ ص ٢٠١ .

(٤) راجع ص ١٩٧ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٥) راجع ص ١٩٣ وما بعدها من هذا الكتاب .

منحت في الشرع لتحقيق غرض معين ، ومن هنا جاء انطباق نظرية التعسف على هذه الحقيقة ؛ لان التعسف كما قلنـا استعمال الفعل المأذون فيه شرعاً في غير ما شرع له ، وهذا متصور في الحق كما هو متصور في الرخصة على السواء .

وليس ما يحتج به القائلون بالتفرقة من أن الاباحة مقيدة بشرط السلامة بالاجماع ، دون الحق ، بالدليل المقنع ؛ بل يجب ان تشتق البرهنة من طبيعة كل من التعسف والإباحة ، وبذلك يمكن أن نصل إما الى تطبيق احداهما على الاخرى ، وإما إلى استحالة ذلك ؛ بالنظر الى تناقض كل من الطبيعتين ؛ لكنا رأينا ان التعسف متصور في الاباحة .

على ان تقييد الحق قد نزل به القرآن الكريم ، كما وردت به السنة ، وجاء به فقه الصحابة ، واستقر عليه رأي جمهور الفقهاء ، واثبتنا ذلك بالادلة التي تؤيد النظرية[1] ، فانهارت بذلك دعوى التفرقة بينهما من حيث أصالة التقييد في الاباحة دون الحق من أساسها .

هذا ، وقد رأينا الاصوليين إذ يحرمون التعسف ، يوردون أمثلة من الحق والاباحة دون تفرقة بينهما من حيث شمول حكم التعسف ، يرشدنا الى هذا ، ان الإمام الشاطبي في تفصيله لمراتب الضرر المترتبة على الفعل المأذون فيه شرعاً ؛ لجلب مصلحة او درء مفسدة ، يجمع في الحكم بين استعمال حق الملكية على وجه سلبي ، بامتناع المالك عن بيع ما يحتاج اليه المسجد من أرضه او فدانه ، وبين تلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ؛ للمصلحة العامة[2] ، وهذا من حرية التجارة ، وذلك تصرف في حق الملكية .

كما رأينا الامام القرافي ، يحرم التصرف بحق الحياة على وجه يؤدي الى الهلاك في غير مقصد شرعي كالانتحار ، الى جانب التصرف في المال على وجه التضييع والعبث[3] ، والاول تصرف في حرية عامة ، والأخرى في حق الملكية .

---

(١) راجع ادلة النظرية من الكتاب والسنة وفقه الصحابة في هذا الكتاب .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها .

(٣) الفروق جـ ٢ ص ١٤٠ وما بعدها ـ والموافقات جـ ٢ ص ٣٢٣ .

وكذلك رأينا الصحابة (رض) في فقههم وفتاويهم، لا يفرقون بين تقييد الحق، وتقييد الرخصة، اذا أفضى أيٌّ منها الى الاضرار بالغير من الفرد أو الجماعة، كما رأينا في قضاء عمر (رض) على محمد بن مسلمة [1]، وفي أمره بالمنع من التزوج [2] من الكتابيات الاجنبيات، والاول استعمال في حق الملكية، والثاني استعمال لحرية التزوج.

كما رأينا بعض الفقهاء يمنعون نكاح التحليل، ولا يرتبون عليه آثاراً، كما يمنعون بيع العينة، وكلاهما مظهر من الحرية في التزوج والحرية في التجارة، هذا الى جانب منع هبة المال قرب نهاية الحول؛ فراراً من الزكاة، وهو تصرف في حق الملكية، بجامع أن كلاً من هذه الامور استعمال للحق في غير ما شرع له.

ومن الفقهاء من سوّىَ في الحكم صراحةً بين الحق والرخصة، وجعل وجه الشبه قائماً بينهما.

فقد جاء في كشاف القناع:

« وإن جلس في مسجد أو طريق واسع، او اضطجع في مسجد او طريق واسع، او قام في مسجد او طريق واسع، فعثر به حيوان، فتلف او نقص، لم يضمن تلفه او نقصه؛ **لانه فعل مباحاً لم يتعد به على أحد في مكان له فيه حق، اشبه ما لو فعله في ملكه**، ويضمن إن كان الفعل محرماً ... الخ [3]

فالنظر منصب هنا على السلطة المخولة للفرد، وانها مشروعة ليست محرمة، سواء أكانت بمقتضى حق الملكية أم الاباحة.

على أنه ليس ما يبرر التفرقة بين استعمال حق الايصاء مثلاً؛ للاضرار بالورثة، وهو تصرف في حق الملكية، وبين استعمال حق التقاضي؛ لمكيدة الخصم، وهو

---

(١) راجع ادلة النظرية جميعاً في هذا الكتاب.

(٢) المرجع السابق.

(٣) جـ ٤ ص ١٠٤.

تصرف في المباحات ، فكلاهما فعل مأذون فيه شرعاً بحسب الاصل ؛ ولكنه استعمل في غير الغرض الذي من أجله شرع ؛ فالمناقضة متصورة في كليهما ، ولا نعني بالتعسف الا هذا .

نعم ! تقوم التفرقة بصورة لا تدع مجالاً للشك بين طبيعتين مختلفتين ، كما في التصرف في فعل مشروع لذاته ، وداخل حدوده المشروعة ، وبين فعل غير مشروع اصلاً ؛ فالثاني لا مجال للبحث في كونه محض اعتداء وتجاوز ، والقطع بمنعه وتحريمه ابتداء. لا يفتقر الى نظر واستدلال ، وانما يثور البحث في هذا المشروع في الاصل ، وظاهر التصرف انه مشروع لتوافر الاركان والشروط الشرعية ، كيف نحرمه ؟ وعلى أي أساس فقهي يقوم هذا التحريم ؟ هنا مجال يفتقر البحث فيه الى استدلال ونظر ؛ لانّ الفعل ليس معيباً في ذاته ، وانما العيب في القصد أو الباعث او في النتيجة الظالمة التي تلحق بالمتصرف نفسه ، كالسفيه ، أو بغيره من الفرد او الجماعة ، وقد لا يلحق ضرراً بأحد ؛ ولكن الفعل استعمل على وجه يخالف حكمة المشروعية ، كما في نكاح التحليل ، وهذا مُتَصَوَّر في الحق كما هو متصور في الرخصة ؛ اذ ليس في طبيعتها ما يتناقض وطبيعة التعسف كما قدمنا .

وعلى ضوء ما قدمنا من تحليل لطبيعة التعسف وطبيعة كل من الحق والرخصة ، وعلى ضوء ما قدمنا من أدلة تثبت النظرية ، يمكن القول بأن نظرية التعسف تشمل في نطاق تطبيقها الحقوق والحريات العامة على سواء .

الفقه القانوني لم يُجمع على استثناء الحريات العامة من نظرية التعسف :

لم ينعقد الاجماع بين رجال الفقه الغربي والعربي على هذا الاستثناء ، فذهب الفقيه الفرنسي « جوسران »[1] الى أن نظرية التعسف شاملة للحقوق والحريات ،

(١) روح الحقوق ونسبيتها ـ نبذة ٢٤٠ .

ويمكن أن تدخل في نطاق تطبيقها مبادىء قانونية مستقرة من مثل « نظرية الظروف الطارئة » و « الدعوى البوليصية » والغش « والتدليس » خلافاً لرأي « كابيتان » .

وأما رجال الفقه العربي ، فقد ذهب بعضهم الى الشمول[1] ، وآخرون الى قصرها على الحقوق المعينة بالمعنى القانوني الدقيق[2] .

وأرى ان هذا النظر الأخير لم يقم على دليل مقنع ؛ لما قدمنا من أدلة ، فاذا أضفنا الى ذلك ، أن نظرية التعسف قائمة على مبدأ سد الذرائع ، وهو لا يفرق في الحكم بين الحق والرخصة ، نتج أن نظرية التعسف شاملة لكليهما على وجه اليقين .

---

(١) ومن هؤلاء - الدكتور انور سلطان - مصادر الالتزام ج ١ فقرة ٤٣٣ ج سنة ١٩٥٥ الدكتور اسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق - ص ١٤٦ و ١٥٠ ومقاله القيم في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية بعنوان « تجديد عقد العمل المحدد المدة » ص ٣٨٧ وما بعدها - العدد الثاني - السنة الرابعة يوليو سنة ١٩٦٢ .

(٢) كالدكتور السنهوري في الوسيط ج ١ فقرة (٥٤٤) والدكتور عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام سنة ١٩٥٨ فقرة ٣٤٥ - ٤٣٧ والدكتور سليمان مرقس - اصول الالتزامات ج ١ في مصادر الالتزام سنة ١٩٦٠ فقرة (٤٢٤) - وانظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ج ١ ص ٢٠١ في الهامش .

الفصل الخامس

جزاء التعسف

تقرر الشريعة الاسلامية أربعة أنواع من الجزاء على التعسف :

أولاً – الجزاء العيني .

ثانياً – الجزاء التعويضي – او الضمان .

ثالثاً – الجزاء التعزيري .

رابعاً – الجزاء الأخروي .

أ – في التصرفات القولية :

١ – الجزاء العيني :

آ – في التصرفات القولية :

وأعني بذلك العقود التعسفية، كنكاح التحليل ، أو بيع العينة ، أو وصية الضرار ، أو الهبة الصورية قرب نهاية الحول لإسقاط الزكاة .

فالجزاء فيها إبطال ذات التصرف ؛ لمنع ترتيب آثاره عليها ، لأن العقود أسباب جعلية ، أي ليست مؤثرة بذواتها ؛ بل بجعل الشارع ، وليست بعلل عقلية ، فيحال بينها وبين ترتيب آثارها عليها ، وعلى ذلك تعتبر هذه العقود باطلة .

- وقد يكون الجزاء باجبار « الممتنع» على استعمال حقه ، كما في **المحتكر**؛ فانه يجبر على البيع بثمن المثل ؛ دفعاً لتعسفه ، واضراره بالجماعة .

- وإجبار الولي على تزويج المولى عليها من الكفء اذا عضلها عن التزويج.

- أو سلب الحق من صاحبه ، كما في سلب الولاية من الولي، وقيام القاضي بتزويج المولى عليها من الكفء ، اذا أبى وليها تزويجها ، كما يسلب الاب الولاية على الصغير اذا أهمل تربيته .

- وكذلك حرمان السفيه من التصرف بماله ؛ حماية لمصلحته ومن تعلقت به مصلحتهم .

ب - التصرف الفعلي :

وذلك بالمنع من مباشرة سبب الضرر قبل الوقوع ؛ او ازالته - إن أمكن- او قطع سببه بعد الوقوع ؛ منعاً لاستمراره في المستقبل .

فاذا بنى في ملكه حائطاً عالياً بحيث منع انتفاع جاره بملكه على وجه معتاد ، وعطل منافعه المقصودة من الملك ، بأن حجب الهواء والشمس عنه ، فان الحائط يهدم الى القدر الذي يزول به هذا الضرر الفاحش .

- وكذلك اذا حفر بئراً في ارضه فغاضت بئر جاره ، أُمر بردمها ؛ دفعاً للضرر ، وكذلك تسد الكوة التي تطل على مقر النساء من الملك المجاور .

- وقد يكون الجزاء بمنع صاحب الحق من استعمال الحق فعليا - كمنع الغاصب من هدم ما بناه في الارض المغصوبة اذا لم يعد عليه من ذلك فائدة ، ولو كان الغاصب مالكا لما بناه في هذه الارض .

٢ ـــ الجزاء التعويضي ـــ « الضمان » :

الضرر المادي اذا وقع فعلا ، كان على المتسبب فيه تدارك هذا الضرر بالازالة ، لأن الضرر يدفع بقدر الامكان ، فاذا لم تمكن ازالته عينا ، لأن الواقع لا يرتفع ، فيتدارك عن طريق التعويض المالي العادل ؛ وقد قدمنا ان سببه يقطع ؛ منعاً لاستمراره في المستقبل .

واذا أصاب المضرور ضرر معنوي او ادبي، فان قواعد الشرع لا تأبى تقرير التعويض عنه .

ولا يقال ان التقوم يعتمد الاحراز ، والاحراز يعتمد البقاء ، ولا بقاء للاعراض ، والضرر الادبي عرض؛ لانا نقول،هذا رأي من لم يقل بتقوم المنافع، ولكن الارجح تقومها ، ويقاس على المنافع المعنوية، المضار المعنوية في التقوم، بجامع ان كلا منها عرض لا بقاء له ، صيانة لاعراض الناس ، يؤيد هذا ، ان الشريعة قد حرمت الاضرار والايذاء بشتى صوره .

على ان الشريعة قد شرعت الحد لجريمة « القذف » وهو ضرر معنوي أدبي، فلا مانع ان يعوض عن الاضرار المعنوية التي هي دون ذلك بالمال، ازالة للضرر بقدر الامكان .

٣ ـــ الجزاء التعزيري :

وهذا موكول الى ولي الامر ، فله ان يقرر عقوبة التعزير على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقدر في الشرع، وهذه تختلف بحسب الاشخاص والملابسات، وقد رأينا ان من الائمة من يقول بتعزير المحتكر ، فضلا عن جبره على البيع بثمن المثل ، او البيع جبرا عليه اذا أبى ، وتعزير من يدعي على اهل الفضل دعاوى باطلة ؛لايقافهم امام القضاء ايلاماً وامتهانا .

٤ ـــ الجزاء الأُخروي :

تمتاز الشريعة الاسلامية بترتيب جزاء أخروي على البواعث او النيات غير المشروعة ، **فقصد الاضرار** ، **او التحايل على قواعد الشرع** ، يترتب عليه الاثم فضلا عن الجزاه الدنيوي الذي قدمنا ، **بل هو الاصل** ، لان الشريعة الاسلامية باعتبارها ترتكز على عقيدة دينية ـ تجعل لفكرة الحلال والحرام المنزلة الاولى في احكامها ، ثم تضع الى ذلك القواعد التشريعية الملزمة ، **أي التي** يجب تنفيذها قضاء ، فكانت بذلك نظاماً روحياً ومدنياً معاً .




رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com



الباب الثاني

نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه والتشريع الوضعيين


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الأول

لمحة عن تاريخ نظرية التعسف في التشريعات الوضعية القديمة

المبحث الاول

في القانون الروماني

من الطبيعي ألا نجد في القانون الروماني القديم نصوصاً صريحة تقرر نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق ، ذلك؛ لأن الشرائع القديمة كالقانون الروماني[1] لم يكن وليد النظريات ، بل كان أساسه القضايا العملية ، والمسائل الحقيقية التي عرضت على الفقهاء .

كما لا يمكن أن نستخلص نظرية عامة للتعسف[2] من الحلول المبعثرة في هذا القانون كالتي عرفها الفقه الاسلامي ، ذلك؛ لأن القانون الروماني قائم في أساسه

---

(١) ومن الشرائع الحديثة ، القانون الانكليزي الذي يقيم تشريعه على أساس حلول المسائل التي تعرض على القضاء - الموجبات والعقود للمحمصاني ج ١ ص ١٦٦ .

(٢) محاضرات في النظرية العامة للحق - ١٦٠ ط ٢ - ١٩٦٠ للدكتور اسماعيل غانم .

على **نظرية الحق المطلق** أي على السلطة المطلقة [1] » .

غير انه يمكن العثور على بعض تطبيقات تقيد فيها الحق بمنع الاضرار ، مما يعتبره بعضهم صورة بدائية ضيقة لفكرة التعسف ، بينما لا يعتبره فريق آخر كذلك ؛ بل هو في نظره تطبيق لفكرة العدالة [2] او قواعد الاخلاق [3] ، وهذا الرأي في نظرنا يتفق مع الاساس الذي يقوم عليه القانون الروماني، وهو « فكرة السلطة » .

على ان القانون الروماني ، قد وجدت فيه نصوص متعارضة سنأتي على ذكرها – بعضها يؤكد مبدأ الحق المطلق ويدعمه ، والآخر ينتهي الى التخفيف من صرامة هذا المبدأ [4] ، فمن المغالاة اذن الزعم بأن القانون الروماني قد عرف « نظرية عامة للتعسف » اعتماداً على ورود بعض تطبيقات يحرم فيها تعمد الاضرار بالغير [5] .

وتبدو فكره السلطة « فيما منحه هذا القانون في عهده **الاول** لرب الاسرة من حقوق طليقة » .

١ – سلطة الاب على بنيه ٢ – سلطة الاب على زوجته

٣ – سلطة السيد على عبيده ٤ – السلطة المطلقة في حق الملكية

فرب الاسرة يمارس هذه الحقوق كيف يشاء ، سواء حسنت [6] نيته أم ساءت ، وسواء استهدف في استعماله إياها الخير ام الشر ، دون أية مسئولية ،

---

(١) الوجيز في الحقوق المدنية ص ٣١١ – الدكتور عدنان القوتلي .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر خلاف هذا الرأي – الدكتور حسن كيره أصول القانون ص ١٠٨١ .

(٤) جوسران في كتابه روح الحقوق ونسبيتها – نبذة (١٦) – النظرية العامة للالتزام – جـ ١ .

(٥) مصادر الالتزام – الدكتور انور سلطان – نبذة ٤٣٨ – الدكتور السنهوري – الوسيط جـ ١ نبذة ٥٥٤ .

(٦) التعسف في استعمال الحقوق – حسين عامر ص ١٤ – ١٥ .

هذا ، ولم يكن للزوجة حقوق ولا اموال ، وكان الولد معرضاً للبيع ، والعبد للترك والقتل .

وأما في المعاملات ، فقد كان للدائن سلطة مطلقة على مدينه ؛ إذ كان يباع في الدين ، او يقسم بين دائنيه .

نعم ان قواعد الاخلاق والعرف تتعارض مع حماية كل عمل يقصد به الاضرار بالغير ، كما أن مبادىء المنطق تؤيد الرغبة في تلافي النزاع بين الحقوق ، الا أن ذلك لم يظهر في الفقه الروماني كتطبيق لنظرية عامة للتعسف ، والا لانبثت تطبيقاتها في جميع فروعه .

على أن الرومان قد ورد عنهم القول بما ينافي نظرية التعسف .

فقد جاء في « الديجست »[1] « مدونة الاجتهاد » وهو أبرز مؤلفات الرومان القانونية ـ قول الفقيه الروماني الكبير « كايوس » (Gaius) « ليس بالمعتدي من يستعمل حقه » وذكر الفقيه بولس « Paulns » : « انه لايأتي عملا ضاراً الا من **يعمل بدون حق** » واكد الفقيه أولبيانوس « Ulpianus » نفس المعنى بقوله : **انه ليس بالمؤذي من استعمل حقه** » .

وورد ايضاً « **من استعمل حقه فما ظلم** »[2] .

---

(١) الموجبات والعقود ـ للمحمصاني ج ١ ص ٥٠ الوجيز في الحقوق المدنية ـ للقوتلي ص ٣١١ مجلة القانون والاقتصاد عدد ١/ سنة ٨٦/١٧ وما بعدها ـ الدكتور انور سلطان .

(٢) الوجيز في الحقوق المدنية ـ للقوتلي ـ ص ٣١٠ وما بعدها . هذا وقد ذهب بعض الفقهاء المعاصرين الى تأويل معاني هذه القواعد على وجه يعارض اطلاق الحق ، وهذا التأويل مؤداه « أن من استعمل حقه فلا يفترض فيه نية الغش ، أي لايفترض فيه التعسف ، وأرى أن هذا ضرب من التعسف في التأويل ، فلم لايراد ان من استعمل حقه ، اي من لم يخرج عن حدوده ، او من لم يعمل بدون حق . كما وردت بذلك بعض العبارات : أنه لايأتي عملا ضارا الا من يعمل بدون حق ـ انظر التعسف في استعمال الحقوق ـ حسين عامر ص ٢١ .

ونورد بعضاً من التطبيقات ، روعي فيها المنع من تعمد الاضرار بالغير .

يذكر « جوسران » [1] ان سلطة رب الاسرة على أفرادها قد انتقصت ، فلم يعد للاب بدون سبب مشروع الحق في الاعتراض على زواج ابنه ، أو في حرمانه من الميراث .

وفيما يختص بحق السيد علي عبده ، فقد نص على أنه يجب الا يسيء المرءُ **معاملة العبيد** .

وقد ذكر في موسوعات «جوستنيان» **انه لايسمح بعد اليوم بالاساءة الى العبيد بغير سبب مشروع** .

وفيما يتعلق بالوصية الصادرة طبقا للاصول القانونية ، يمكن أن تقضي ببطلانها محكمة المائة – مائة قاض – اذا كان فيها مايمس عاطفة البر والاحسان الواجب توفرها لدى الموصى نحو أقربائه [2] .

وفيما يتعلق بحق الزوج في تسريح زوجته ؛ « **أن من يقدم عليه بغير باعث قوي يعاقب** . »

أما حق الملكية فقد كان الأصل فيه الاطلاق ، أي للمالك أن يستعمل ما يملك كيفما شاء ؛ ولكن قد نص على أن من يترك عقاره المتخرب بحالة تهدد سلامة عقار الجار يعتبر ظالماً [3] .

ونص أيضاً على أن للمالك « القيام بعمل حفر في أرضه من شأنها قطع العروق النابعة في عين لجاره ، وليس للجار أن يرفع عليه دعوى « الغش » **ما دام لم يقصد** [4] من هذه الحفر الاضرار به » .

---

(١) التعسف في استعمال الحقوق – حسين عامر ص ١٩ .

(٢) الدكتور انور سلطان – المقال السابق .

(٣) المرجع السابق ص ١٧ وما بعدها – الموجبات والعقود للمحمصاني ج ١ ص ٥٠ .

(٤) النظرية العامة للالتزام – انور سلطان ص ٤٠٥ وانظر ايضا مقاله في مجلة القانون والاقتصاد عدد ١ سنة ١٧ ص ٧٨ .

والخلاصة : أن القانون الروماني قد وردت فيه تطبيقات قامت على مبدأ الانصاف وقواعد العدالة ، أكثر من كونها تطبيقاً حقيقياً لنظرية التعسف كاملة المعايير ، ومدعمة الاصول ؛ بل لا نحسب أنها قامت على فكرة متبلورة للتعسف في معيار واحد من معاييرها ، ولعل العادات كان لها أثر في تقييد بعض الحقوق[1].

المبحث الثاني

في القانون الفرنسي القديم

تسود هذا القانون النزعة الفردية بوجه عام ، ويرى بعض فقهاء القانون أن فكرة التعسف قد ظهرت في نصوص تتعلق بتنظيم العلاقات الجوارية .

على أن فكرة تقييد حق الملكية ـ بمقتضى قواعد العدالة ـ انتقلت الى هذا القانون ميراثاً عن القانون الروماني ، وظهرت بصورة أوسع ؛ إذ لم يعد من الممنوع استعمال حق الملكية بقصد الاضرار فحسب ؛ بل أصبح ممنوعاً كذلك في حالة **انتفاء المصلحة** ، **أو المنفعة الجدية التي تعود على صاحبه**[2] .

القضاء الفرنسي في ظل هذا القانون

وقد كانت قرارات البرلمانات ـ وهي التي كانت تقوم محل محاكم الاستئناف في أيامنا ـ تقضي بأن « ليس لأحد ـ إبان قيامه بعمله أو صناعته ـ أن يعطل أعمال

---

(١) الوجيز في الحقوق المدنية ـ للقوتلي ص ٣١١ وما بعدها .
ـ اصول القانون للدكتور حسن كيره ص ١٠٨١ .
(٢) المرجع السابق التعسف في استعمال الحقوق ص ٤٨ ـ ٥٠ ـ حسين عامر .

جيرانه ، أو أن يجعل سكناهم في منازلهم غير محتملة[1] .

وقضى برلمان « اكس » ان غازل الصوف الذي يغني بصوت عال مستعملاً بذلك حقه وحريته في الغناء، وقاصداً من وراء ذلك ازعاج جاره المحامي، مسئول عن هذا الازعاج[2] .

على أن من كبار القضاة الفرنسيين[3] — ضوما — من كان يرفض القضاء على المالك اذا تعسف في استعمال عقاره ، فقطع المجاري الارضية التي تغذي نبع جاره ، في حين أنه كان يمنع التعسف في استعمال حق التقاضي .

هذا ، ويمكن أن يستنتج من قراراته ، أن التعسف في نظره لا يقوم إلا إذا توفر أمران معاً :

الاول : ان يكون الاستعمال بقصد اضرار الغير .

الثاني : ان لا يكون لصاحبه فائدة من هذا الاستعمال[4] .

القانون الفرنسي القديم لم يعرف التعسف في استعمال الحق كنظرية عامة

واذا كان اعلام الفقه الفرنسي قد بحثوا في فكرة التعسف ، وصدرت قرارات كبار القضاة مبنية على هذه الفكرة ، فان القانون الفرنسي القديم — بما كان يتسم به من نزعة فردية — لم يكن يعرف نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق ، اللهم الا هذه النصوص التي تتعلق بتنظيم العلاقات الجوارية .

اما الفقهاء — وهم شراح هذا القانون — فقد أجمعوا على الحد من حق المالك

---

(١) المرجع السابق .

(٢) الدكتور عدنان القوتلي — المرجع السابق ص ٣١٢ .

(٣) من كبار قضاة عصره .

(٤) المرجع السابق .

في استعمال ملكه[1] ، ولم يسوغوا للمالك أن يأتي عملا في ملكه من شأنه مضايقة الجار ، كاحداث دخان كثيف من فرن أو كور .

وأما القضاة ، فقد ذكرنا قرارات كبيرهم ومنهم « دي لهومو » الذي كان يقضي بمنع التصرف في الملك بما يؤدي الى سد مطلات الجار، أو حجب الضوء عنه ، إذا لم يكن للمالك منفعة جدية من وراء ذلك .

ففكرة **التعسف** كانت معلومة لدى الفقهاء الفرنسيين ، وجرت بها أقلامهم ، كما عُرفت في مجال **القضاء** ، ولعلهم كانوا يستوحون في ذلك مبادىء العدالة ، فطبقوها على أشد الحقوق إطلاقاً ، وهو حق الملكية[2] .

غير أن فكرة التعسف التي ظهرت بعض تطبيقاتها في القانون الفرنسي القديم وفي قضاء المحاكم ، وجرت بها أقلام فقهائه ، قد طمستها الثورة الفرنسية ، الى أن ظهرت في أواخر القرن التاسع عشر[3] ، ثم أخذت بعد ذلك سبيلها الى التشريع .

المبحث الثالث

في القانون الفرنسي سنة ١٨٠٤

كان لآراء الفلاسفة في القرنين السابع عشر والثامن عشر أثرها في النظريات القانونية ، وكان صدور هذا القانون على أساس تعاليم المذهب الفردي ثمرة لتلك

---

(١) نظرية الالتزام العامة – مصادر الالتزام جـ ١ ص ٥٠٦ – الدكتور أنور سلطان . ومن هؤلاء بوتييه / المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق – الوجيز في الحقوق المدنية – للقوتلي ص ٣١٢ وما بعدها .

الآراء ، وقد بينا تعاليم هذا المذهب ، وذكرنا أنها تعتبر الفرد هو العنصر الاهم في الجماعة ، وأن القانون ليس الا وسيلة لتقرير حقوقه الطبيعية وحمايتها ، وكفالة استمتاعه بها على الوجه الذي يشاء[1]، وعلى هذا يمكن القول بأن « نظرية الحق المطلق » هي أساس هذا القانون ، فكان من آثار ذلك أن أصبحت الحقوق الفردية مقدسة ، ومصدر سلطات مطلقة ، لا يُسأل أربابها عما يترتب على استعمالهم اياها من الاضرار التي قد تلحق بالغير ، ومن ثم ، ففكرة الضمان أو المسؤولية عن استعمال الحقوق اضحت لا تأتلف وطبيعة هذا الحق ومفهومه ؛ ولا سيما حق الملكية الذي كان يعتبر اكثر الحقوق اطلاقاً ، فهو مقدس ، ولا يجوز التنازل عنه ؛ لانه حق طبيعي للفرد ؛ بل هو الضمان الوحيد لحريته[2] .

وتبدو طبيعة حق الملكية الخاصة – في هذا القانون – وما أحيط به من قدسية من تعريفه بأنه « **الحق في التمتع والتصرف في الاشياء بالطريقة الاكثر اطلاقاً** »[3] .

وهكذا انتكصت نظرية التعسف على عقبيها أمام النزعة الفردية على يد الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر ، كما تأثر التقنين المدني بهذه النزعة؛ ولكن نصوص هذا القانون المشبعة بروح الفردية، لم تحل دون نشاط القضاء الفرنسي[4] ؛ فقد فرض رقابة على استعمال الحقوق ، غير أنه لم يُقم النظرية على أساس مستقل ، بل تستّر وراء مبنى المسؤولية التقصيرية ، وهو «الخطأ»وحاول

---

(١) راجع هذا البحث في الكتاب ص ٤٠ وما بعدها – محاضرات في النظرية العامة للحق – اسماعيل غانم ص ٥٩ .

(٢) اصول القانون للدكتور حسن كيره ص ١٠٨٣ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) الحقوق العينية الاصلية – للمؤلف السابق ص ١٦٣ – الوجيز في الحقوق المدنية للدكتور القوتلي ص ٢١٢ – اصول القانون – الدكتور حسين كيره ص ١٠٨٣ .

أن يبرّر أحكامه بناءً على مقتضى هذه النظرية بالاستناد الى فكرة « الخطأ » إذ أعوزته النصوص؛ ولكن قد ظهر لنا أن نظرية التعسف بحقيقتها ، ودورها ، ومعاييرها، تستند الى أصل آخر مستقل عن فكرة «الخطأ» او عن الصورة التوسعية التي يفترضها بعضهم لهذه الفكرة، فاذا كانت الظروف التشريعية لم تسعف القضاء في إقامة هذه النظرية على أساسها الاصيل ؛ بالنظر لعدم وجودها أصلاً في القانون آنذاك، فليس معنى هذا ان النظرية مجرد تطبيق لفكرة الخطأ المولّد للمسؤولية التقصيرية ؛ لان فكرة « الخطأ » قاصرة عن استيعاب جميع حالات التعسف ، وعن تأدية ما لنظرية التعسف من وظيفة ، على ما فصلنا ذلك في موضعه[1] .

اجتهادات المحاكم الفرنسية منذ أوائل القرن التاسع عشر :

أخذت المحاكم الفرنسية في قضائها بالمبدأ الذي قرره القانون الفرنسي القديم ومشرعو الرومان من قبل ، وهو **منع استعمال الحق بنية الاضرار بالغير** ، ذلك ؛ أن هـذا المبدأ يقضي به أبسط **قواعد العدالة** ؛ ولذا أجمع الفقه والقضاء الفرنسيين على الاخذ بهذه القاعدة .

إلا أن ثمة حالات أخرى للتعسف أثارت نزاعاً بين الفقهاء ، وأثارت صعوبة في تطبيق هذه القاعـدة « نية الاضرار » ومن تلك الحالات[2] : **ما اذا اختلط قصـد الاضرار بالغير بغرض آخر مشروع** ، أي أن المالك مثلاً يستعمل حقه قاصداً تحقيق غرضين : تحقيق منفعة له ، والاضرار بغيره .

والذي استقر عليه اجتهاد المحاكم الفرنسية ، هو أن ينظر الى **الغرض الاساسي** الذي دفع المالك الى استعمال حقه على النحو الذي ترتب عليه الضرر، فان كان هو قصد الاضرار ، استوجب استعماله المسؤولية .

---

(١) تأصيل نظرية التعسف في الفقه الاسلامي ص ٢٨١ من الكتاب

(٢) في مدى استعمال الحقوق الزوجية – السعيد مصطفى السعيد ص ٧ – ٨ .

هذا ، واعتبروا أن **انتفاء المصلحة لدى صاحب الحق يُعتبر قرينة على تصده الاضرار بالغير** .

اما اذا قصد المستعمل لحقه تحقيق مصلحة جدية له ؛ ولكن ترتب على استعماله هذا ـ **دون قصد منه** ـ ضرر بالغير ، فلم يتفق الفقهاء الفرنسيون على حل لهذه الحالة ، فمنهم من قصر معيار التعسف على « **قصد الاضرار** » ولم يبسط النظرية على حالة انتفاء قصد الاضرار ، ولو ترتب على الاستعمال ضرر بالغير .

ويرى الفقيه الفرنسي « جوسران » ـ وهو حامل لواء هذه النظرية في العصر الحديث ـ أن ينظر الى **مدى اتفاق الاستعمال مع الغاية الاجتماعية للحق** ، وهذه نظرة موضوعية ، ففي رأي « **جوسران** » **ان لكل حق غاية معينة ، وتختلف الحقوق باختلاف غاياتها** ، كما تختلف هذه الغايات بحسب **الامكنة والازمنة** ، فمعيار **الغاية الاجتماعية للحق** معيار مرن ينطبق على جميع حالات التعسف ، وفي جميع الأزمنة والامكنة .

على **أن « جوسران »**[1] لم **يغفل الباعث الشخصي وأثره** ، ولا سيما في استعمال الحقوق الخاصة ، فجعله دليلاً على قصد هذه الغاية ، اي يستعان بالباعث في معرفة مدى اتفاق قصد المستعمل لحقه مع الغاية الاجتماعية التي قرر من أجلها الحق . وعلى هذا فان « جوسران » يعتبر معيار التعسف هو الغاية الاجتماعية للحق ، مستعيناً في سبيل ذلك بالقصد والباعث . وسيأتي نقدنا لهذا الرأي في موضعه من معايير نظرية التعسف[2] .

تطبيقات المحاكم الفرنسية :

ويمكن ان يقال ان تطبيقات المحاكم لهذه النظرية حال انعدام النص عليها ،

---

(١) راجع مدى استعمال الحقوق من ص ٧ ـ ١١ .

(٢) التعسف في استعمال السلطة ـ للطماوي ص ١٥٧ .

تدور حول المعايير الآتية : [1] .

الاول – قصد الاضرار .

الثاني – انتفاء المصلحة في استعمال الحق .

الثالث – الاستعمال الطبيعي والاستعمال غير الطبيعي (المعتاد) للحق .

الرابع– مطابقة الباعث على استعمال الحق أو عدم مطابقته للغرض الاجتماعي الذي وجد الحق من أجله .

واكثر تطبيقات المحاكم الفرنسية في هذا الشأن متعلقة باستعمال **حق الملكية ،وحق التقاضي ،وحق السلطة الأبوية ،وحق التعاقد ،وحق فسخ العقود .**

المبحث الرابع

في القانون المدنى المصري القديم (الملغى)

بالرغم من أن القضاء المصري في ظل هذا القانون ، لم يتردد في الاخذ بنظرية التعسف وتطبيقها فيما كان يعرض عليه من وقائع تتعلق بأنواع من الحقوق ، متأثراً في ذلك بمبادىء الفقه الاسلامي واتجاهاته ، وبالقضاء والفقه الفرنسيين ، أقول بالرغم من ذلك – فان القانون المدني القديم **كان يتسم بالنزعة الفردية الغالية** التي ورثها عن أصله القانون الفرنسي القديم . وهو وإن كان يتضمن نصوصاً قليلة[2] تعتبر تطبيقات فردية لفكرة التعسف ، غير أن هذه لاتفصح

---

(١) محاضرات في المسئولية المدنية – الدكتور سليمان مرقس ص ١٢٠/١٢١ .

(٢) من ذلك مانص في المادة ٥٩/٣٨ و ٦٠ منه : بان « ليس لمالك الحائط ان يهدمه لمجرد ارادته ، اذا كان يترتب على ذلك حصول ضرر للجار المستتر ملكه بحائطه ، مالم يكن هدمه بناء على باعث قوي » .

عن اتجاه المشرع آنذاك الى الاخذ بنظرية التعسف[1] .

٢ — في القضاء المصري في ظل التقنين المدني (الملغى)

ذكرنا ان هذا القضاء قد سلك سبيل الاخذ بنظرية التعسف، وتطبيقها فيما كان يعرض عليه من وقائع كانت تتعلق باستعمال حق الملكية ، وحق التقاضي وحق الطلاق ، وحق العدول عن الخطبة . وحق رب العمل في تسريح عماله، وغير ذلك من الحقوق ، وقد كان في قضائه أميل الى الأخذ بالمعيار الشخصي[2].

والواقع ، أن القضاء المصري ـ كما ذكرنا ـ كان يستلهم في قضائه مبادىء الفقه الاسلامي واتجاهاته ، الى جانب تأثره بالفقه والقضاء الفرنسي ، مما جعل للقضاء المصري مجالاً خاصاً في تطبيق هذه النظرية يختلف فيه عن القضاء الفرنسي، إذ الأول كانت تعرض عليه حالات تتعلق بحقوق الاسرة ، يكون مرجع الفصل فيها الشريعة الاسلامية ، ولهذه الشريعة احكامها التي كثيراً ما تخالف القواعد التي يقرها القانون في أمر من الامور .

والمعايير التي أخذت بها المحاكم المصرية (المختلطة والاهلية) هي :

أولاً : تمحض قصد الاضرار في استعمال الحق .

ثانياً : حالة انتفاء المصلحة مع الحاق الاضرار بالغير .

---

(٢) كما نص قانون المرافعات الملغى : في المادة ١٥/١٢٠ منه على جواز الحكم بالتعويض في مقابلة المصاريف الناشئة عن دعوى ، أو مرافعة ، كان القصد بها مكيدة الخصم ، حسين عامر ص ٢٦٠ المرجع السابق – أصول القانون ، الدكتور حسن كيره ص ١٠٨٤ .

(٣) انظر انواعا من التطبيقات مسرودة في كتاب محاضرات في المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية – للدكتور سليمان مرقس سنة ١٩٥٨ – القسم الاول – الاحكام العامة ص ١٢١ – ١٢٢ .

ثالثاً : الاهمال في استعمال الحق اذا ترتب عليه الضرر ، ولو كان غير مقصود

رابعاً : اذا اختار ذو الحق من بين الطرق الكثيرة طريقاً للاستعمال هو اكثر إضراراً بالغير ، دون ان يكون له في ذلك مصلحة .

خامساً : استعمال الحق على وجه لايطابق الغاية التي من أجلها قرر الحق.

سادساً : معيار الضرر الفاحش فيما يتعلق باستعمال حق الملكية ، وقد تأثرت المحاكم في هذا الصدد بقواعد الفقه الاسلامي[1].

* * *

(١) راجع المواد ١١٩٨ - ١١١٢ من مجلة الاحكام العدلية - والمواد ٥٧-٥٩ من مرشد الحيران .

- وانظر تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي - ج ٤ ص ١٩٦ .

- في مـدى استعمال الحقوق الزوجية ، للدكتور السعيد مصطفى السعيد ص ١٩ - ٢٣ .

الفصل الثاني

المبحث الاول

نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه القانوني الحديث

قلنا ان الثورة الصناعية اوالتقدم الحضاري بوجه عام، كان له أثر بالغ في تطوير مفهوم الحق ؛ اذ لم يعد يتفق والاوضاع المستحدثة التسليم بالمفهوم الفلسفي للحقوق الفردية الذي يجعل منها سلطات مطلقة يمارسها الفرد ، باعتباره سيداً مطلقاً لايسأل عما يفعل؛ لما استتبع ذلك من نتائج ظالمة من **الاستغلال والتعسف والتحكم** ، وخلق هوة سحيقة بين طبقتين رئيسيتين في المجتمع إحداهما : رافهة مستغلة ، واخرى كادحة مهضومة الحق ، يوسع هذه الهوة ويعمقها ما انتشر من مبادىء المذهب الفردي، وكان من أشد مظاهر هذا التعسف نكراً **محاباة رأس المال على حساب العمل**، حتى بدا **التناقض جليا بين مصلحة رب العمل والعمال، أو بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة**، مما أدى بالتالي الى اهدار هذه الاخيرة لحساب الصالح الفردي .

وكان لهذا كله صداه في الفقه القانوني ، فأخذ ينكر ما تقضى به تعاليم

المذاهب الفردية من تقديس الفرد ، وجعله محور التشريع وغايته ، فاتجه عكسياً ، وأخذ ينقض فكرة الحق المطلق – وهي أساس المذهب الفردي – ليقيم التشريع على أساس من مصلحة الجماعة ، واعتبر الحق من الجماعة وللجماعة ، واستلزم ذلك إنكار شخصية الفرد ،وكيانه الذاتي ، ومصلحته الخاصة[1] .

ونظراً لما في هذين الاتجاهين من تطرف وغلوّ ، بدأ الفقه القانوني في أواخر القرن التاسع عشر - بعد ان مهد له القضاء – يتجه الى التقريب بين النزعتين المتضادتين ، ويقيم التوازن بينهما ، فكانت نظرية التعسف في استعمال الحق مظهراً لهذا التوازن ، وهذا مما يؤكد ، ان نظرية التعسف في استعمال الحق متصلة اساساً بالحق وغايته او بمدى استعماله .

أما الفقه الاسلامي ، فلا يعرف هذا الغلو او التطرف في النظرة الى الحق ، كما لا يقر هذا التناقض بين الصالح الفردي وصالح الجماعة مذ كان ، ولذا نشأت فيه نظرية التعسف بنشأته ، وتدعمت اصولها – على سعة ومرونة لم تعرف في فقه او تشريع غيره – بما تأصل فيه من مبادىء وقواعد مستقرة ثابتة ليست وليدة أحداث اقتصادية ، او ظروف طارئة ؛ وانما هي من وضع الشارع الحكيم .

فكان مفهوم التعسف اوسع مدى في الفقه الاسلامي منه في أي فقه عرف حتى اليوم ، وكانت مقاييسه من السعة والمرونة بحيث تجابه كل تطور في جميع نواحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، في حين ان فريقاً من فقهاء القانون في عصرنا هذا لا يزال يناهض هذه النظرية ، ويوجه اليها انتقادات بعضها شكلي ، والآخر موضوعي ، والمعترفون بها لم يستقر رأيهم على مفهوم موحد للتعسف ، فهم مختلفون في معاييره ضيقاً وسعه ، كما هم مختلفون فيه من حيث مجال التطبيق .

---

(١) راجع فكرة الحق في مذهب التضامن الاجتماعي ص ٤٠ من هذا الكتاب .

ومهما يكن من أمر ، فان معظم فقهاء العالم أضحى يسلم بأن الحقوق نسبية لامطلقة ، وان استعمال الحق مقيد بالغرض الذي شرع من أجله .

وأما نظرية التعسف ، فقد تبلورت في **تشريعات العالم** على تفاوت بينها في مفهوم التعسف ومدى تطبيقه .

ونعرض فيما يلي لآراء المناهضين للنظرية ؛ ولكن بالرغم من ان كثيراً من فقهاء القانون أخذوا ينتقدون النظرية ، فانها أخذت طريقها الى التقنين في التشريعات الحديثة في مطلع القرن العشرين ، ومن هؤلاء « **اوبري و رو** (Aubry et Rau) واسمان Esmein ، وعابوا عليها إجمالاً أنها **غير منطقية وخطرة** .

ونعرض فيما يلي لأهم الآراء المناهضة للنظرية :

رأي بلانيول Planiol :

يرى الفقيه « بلانيول » أن نظرية التعسف تقوم على **أساس متناقض** ؛ لأن من يستعمل حقه يجب ان يكون فعله مشروعاً ، والفعل لا يكون غير مشروع إلا إذا جاوز حدود الحق ، او كان لا يستند الى حق ، فالحق **ينتهي عندما يبدأ التعسف**[1] Le droit cesse où l'abus commence .

على أن « بلانيول » يسلم بأن الحق مقيد بالغرض الذي تقرر من أجله ، وان استعماله في غير ذلك **لا يسمي تعسفاً** abuse ؛ بل **خروجاً عن الحق** dépassement du droit .

وهذا – كما نرى – **خلاف لفظي** ، وبتحليل رأيه نجد انه يرتكز على ناحيتين :

الاولى : أنه من التناقض المنطقي والقانوني أن يوصف الفعل بأنه مشروع

---

(١) القانون المدني ج ٢ – نبذة (٨٤١) « بلانيول » .

وغير مشروع في وقت واحد[1] Conforme au droit et contraire au droit .

والثانية : ان ركن الخطأ المولد للمسئولية التقصيرية – وهو مبنى التعسف في نظره – لا يتوفر إلا في فعل غير مشروع ، أي لا يستند الى حق ، فجميع حالات التعسف – على هذا النظر – إن هي إلا حالات خروج عن الحق .

الرد على « بلانيول »

والرد على هذا الرأي من وجوه : الاول : لا نسلم لزوم التناقض ؛ لأن النفي والاثبات ، او المشروعية وعدم المشروعية ، لم ينصبّا على ذات الفعل في وقت واحد ؛ اذ الاولى – وهي المشروعية – منصبة على ذات الفعل ؛ لاستناده الى حقٍ ، وعدم المشروعية منصبٌ على الباعث او نتيجة الفعل ، **والباعث عنصر نفسي منفصل عن الفعل** ، كما ان **الفعل مقدمة والضرر نتيجة** ، فعدم المشروعية اذن ينصب إما على القصد او الباعث ، وإما على النتيجة ، وهما غير الفعل ؛ **فالجهة منفكة ولا تناقض** ، وهذا ما يقرره العلامة الشاطبي في هذا المقام ؛ اذ يقول : « **وعلى هذه القاعدة تجري مسألة الصلاة في الارض المغصوبة ، والذبح بالسكين المغصوبة ، وما لحق بها من مسائل ، هي في أصلها مأذون فيها ، ولا تضاد في الأحكام لتعدد جهاتها** »[2] .

والدليل على انفكاك الجهة ، ان استعمال الحق إذا تجرّد عن الباعث غير المشروع عاد الى ما كان عليه من أصل المشروعية ، وكذلك اذا لم يُفضِ الى نتيجة غير مشروعة .

وترتيباً على هذا ، يمكن القول بأن التعسف ليس متعلقاً بمضمون الحق وسلطاته الممنوحة لصاحبه ؛ بل يتعلق بالباعث او المآل كما قررنا في غير موضع .

---

(١) مبادىء القانون المدني جـ ٢ نبذة (٨٦٢) وما بعدها – بلانيول .

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٣٦٠ .

على أنا كنا قد أوضحنا في بحث الغاية الاجتماعية للحق في الفقه الاسلامي[1] ان الفعل قد يكون مشروعاً لذاته وسليماً من حيث الباعث ، ومع ذلك يمنع بالنظر لتعارضه مع مصلحة عامة جوهرية ،أي لمخالفته للقواعد الفقهية المستقرة، وذلك كتلقي السلع ؛ فانه يمنع ، ولو كان الباعث عليه مشروعا ، وهو جلب الرزق من طريق مشروع وهو حرية التجارة،وذلك بالنظر لمخالفته للقاعدة العامة القاضية بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام ، وهذا هو أصل النظر في مآلات الأفعال الذي فصلنا القول فيه كمؤيد لنظريه التعسف[2] ، وعلى ذلك فلا تناقض . أي يمكن ان يكون الفعل في ذاته مشروعاً ، ولكنه - في الوقت نفسه - مخالف لروح الشريعة وقواعدها العامة ، ومثل ذلك يقال في القانون ، وهذا هو جوهر فكرة التعسف .

ويتجه على الفقيه « بلانيول » من الناحية الاخرى، انا لا نسلم الاصل الذي بنى عليه نظرية التعسف ، فقد بينا أن نظرية التعسف متصلة أساساً بغاية الحق ، لا بحدوده الموضوعية، إذ التعسف يفترض عدم مجاوزة حدود الحق الموضوعية، فلا يعتبر الفعل بالتالي خارجاً عن حدود الحق[3] .

ومن هنا وجبت التفرقة بين مجاوزة الحق والتعسف فيه ، ولهذه التفرقة أهمية بالغة ، ذلك ؛ لان مجاوزة الحق أمر محرم في جميع الشرائع ، والفعل غير مشروع لذاته ، سواء أترتب عليه ضرر أم لا ، بل يمنع ولو جرّ للغير نفعاً ، ويكفي اثبات مجرد حصول الفعل ليتشكل الاعداء او المجاوزة ، كمن يبني في أرض غيره أو يزرع فيها ، ولا يشترط اثبات حصول الضرر .

---

(١) انظر ص ٢١٦ وما بعدها من الكتاب ، وانظر المقصود بالمصلحة التي شرع الحق من اجلها ص ٢٦٥ وما بعدها - و ص ٢١٦ وما بعدها و ص ١٥٨ المرجع السابق .

(٢) انظر ص ٣٠٤ المرجع السابق .

(٣) راجع تأصيل التعسف ص ٢٨١ - المرجع السابق .

وأما التعسّف، فالفعل فيه مشروع لذاته؛ولكنه يخل بالتوازن بين المصالح المتعارضة، او يقصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة ،فيمنع التسبب لذلك، كما أن النظرية توفق بين المصالح المتضاربة ، وتقيم التوازن بينها بما يتفق وروح القانون .

على أن الفعل المشروع قد يشكل إخلالاً بالتوازن بين مصلحة فردية وأخرى عامة، دون قصد من مباشره ،او عدم تبصر او إهمال في أخذ الحيطة، أي دون أن يتوفر لديه أي عنصر « للخطأ » ومع ذلك يمنع ، وتترتب مسؤوليته إن هو تسبب في الضرر ، ووقع فعلًا ، كما في صور استعمال حق الملكية .

هذا ، ولنظرية التعسف وظيفتان تقصر عنهما وظيفة المسئولية التقصيرية المبنية على الخطأ .

الاولى : وقائية بمنع التسبب في الضرر ، أو منع ترتيب الأثر على التصرف القولي المنافي لحكمة المشروعية ، بابطال التصرف ذاته ؛لئلا تترتب آثاره عليه.

والأخرى : علاجي ،وهو الجزاء العيني او الضماني ، وفي هذا الاخير لابد من إقامة الدليل على وقوع الفعل ووقوع الضرر أيضاً ، وعلاقة السببية بينهما ، ولو لم يتوافر عنصر الخطأ ، كما في حالة استعمال الحق على وجه يضر بمصلحة عامة جوهرية ، وحالة استعمال المالك ملكه على وجه يضر بجاره ضرراً غير مألوف .

والخلاصة أن نقد « بلانيول » قائم على أساس أن مبنى التعسف هو « الخطأ » المولد للمسئولية التقصيرية ، وقد بيّنا فساد هذا الأصل ، فيفسد بالتالي ما بني عليه من نتائج[1] .

هذا ، وقد تبين أن نقده « للتسمية » مجرد خلاف لفظي ؛ لانه يسلم بأن الحقوق لم تعد مطلقة ، بل مقيدة بالمصالح التي تقررت من أجلها ، وهذا هو الاصل الذي انبثقت عنه نظرية التعسف .

---

(١) راجع في نقد « بلانيول » النظرية العامة للالتزام - ج ٢ مصادر الالتزام ص ٥١٠ وما بعدها - للدكتور انور سلطان - الوسيط ج ١ مصادر الالتزام ص ٨٣٨ وما بعدها - للدكتور عبد الرزاق السنهوري .

ومن شايع « بلانيول » في رأيه الفقيه « سالي » حيث يقول : « إن تعبير التعسف في استعمال الحق تعبير خاطىء ، وأنه يقصد به في غالبية الأحيان انتفاء الحق ، وليس اساءة استعماله ، وأن الحق الذي يتعسف في استعماله ليس إلا رخصة غير داخلة في نطاق الحق المدعى به »[٢] .

على أن فقهاء القانون قد ردوا عليه أيضاً بما يقترب من هـذا الرد الفقهي في الشرع الاسلامي – وهو منبت النظرية الأول – حيث قالوا :

« لا مانع مطلقاً من أن يكون عمل الانسان مشروعاً ، أي مرتكزاً على حق ، كحق الملكية ، وداخلا في نطاقه وحدوده التي رسمها القانون ، وغير مشروع ، بمعنى مخالفته للمبادىء والقواعد القانونية العامة .

رأي اسمان Esmein

يرى اسمان ، ان نظرية التعسف غير منطقية فضلاً عن انها خطرة .

اما انها غير منطقية ، فلأنها متناقضة مع المبادىء القانونية ؛ لأن ركن « الخطأ » المولد للمسئولية التقصيرية لا يتوافر الا في حالة العمل غير المشروع ، على حين أن استعمال الحق في الحدود التي وضعها القانون لا يمكن أن يكون غير مشروع ، مهما تكن نية صاحبه عند استعماله ؛ لأنا لو سلمنا بأن الحق اذا استعمل بسوء نية أدى الى قيام المسئولية ، فقد ينتهي هذا بنا الى إحلال الخطأ الأدبي محل الخطـأ القانوني ، والى الخلط بين علم القانون وعلم الأخلاق[١] .

وأما وجه كونها خطرة ، فلأن فتح المجال أمام القضاة للبحث عن النية ، يؤدي الى تحكمهم وتقديرهم الكيفي ، فنجعل للقاضي بذلك سلطاناً فوق سلطان القانون ؛ إذ يستطيـع أن يقول : إن هذا مقصودٌ فيه الاضرار ، أو

---

(٢) سالي النظرية العامة في الالتزامات ص ٣٧٢ .

(١) المطول العملي للقانون المدني لبلانيول – جـ ٦ – نبذة ٥٧٤ .

إنه يشكل إساءة استعمال الحق حتى من غير قصد ، وفي هذا خطر على الناس والقانون[1] .

وهكذا نرى الفقيه « اسمان » قد أسس نقده للنظرية على أساس الخلط بين القانون وعلم الأخلاق ، وبما قد يؤدي اليه من تحكم القضاة عند البحث عن النية التي صحبت استعمال الحق[2] .

ويمكن الرد على هذا النقد من وجوه :

الأول : ان المسئولية عند التعسف في استعمال الحق اذا كان مبناها « الخطأ » فمعنى ذلك أن القاضي لم يمنح سلطة جديدة ، بل هو مدعوٌ الى مباشرة حقه الذي خولته إياه النصوص القانونية الخاصة بالمسؤولية التقصيرية[3] .

الثاني : ان القانون أباح للقاضي في مواضع عديدة البحث عن النية ، دون أن يخشى مغبة ذلك من التحكم المزعوم .

الثالث : لا تنافي بين القواعد الخلقية والقانون ؛ لأن هذه الأخيرة ليست الا قواعد خلقية مصحوبة بالجزاء .

ويقول الفقيه « جوسران » في هذا الصدد :

« ان هذه الحدود – اي بين القاعدة الخلقية والقاعدة القانونية[4] – لم توجد قط إلا في مخيلة بعض الفقهاء ، والدليل على ذلك ما في التعاريف التي وضعوها لهذين العلمين – علم الاخلاق وعلم القانون ؛ لتوضيح الفرق بينهما – من بعد عن

---

(١) الوجيز في الحقوق المدنية – ج ١ ص ٣٢٦ -- للدكتور عدنان القوتلي .

(٢) مجلة القانون والاقتصاد – مارس سنة ١٩٤٧ – العدد الاول – السنة السابعة عشرة .

– بحث في التعسف في حق الملكية ص ٩٤ وما بعدها – الدكتور انور سلطان .

(٣) المرجع السابق .

(٤) وهذا يؤيد اتجاه الفقه الاسلامي في مزجه بين الخلق والتشريع .

الدقة ، وتصنّع بوضح الحَيرة التي فيها أصحابها ، والعنت الذي يلاقونه في الفصل بين هاتين الفكرتين المنتميتين إلى كل واحد ؛ إذ مبادىء القانون ما هي إلا مبادىء الاخلاق بالقدر الذي يصحبها فيه جزاءٌ ، وعلم الاخلاق ما هو إلا **البودقة** التي يصاغ فيها القانون عن طريق **التشريع والعرف والقضاء**[1] » .

وهكذا نرى الفقيه الكبير – جوسران – يؤكد أن العنصر الخلقي هو العامل الاول في صنع القانون .

اذا ثبت هذا ، أمكن القول بأن الفقه الاسلامي يعتبر من الطراز الاول في هـذا الباب ، لان الدعامة الخلقية[2] تمثل الحجر الاساسي في فلسفته ، ومن هنا وجدت بظرية التعسف فيه تربة خصبة ،فنمت وترعرعت على نحو لم يتح لها أن تجده في فقه أو تشريع غيره .

الرابع : على أن القاضي **لا يعمل بشكل كيفي من غير قيد ؛ بل هو مقيد بأسس وقواعد معينة** ، فلماذا نخشى سلطة القاضي في مفهوم التعسف فقط ، ولا نخشاها في سائر المبادىء والأحكام الاخرى ??!

هذا ، والفقيه « اسمان » يعترف بأن استعمال الحق قد يؤدي الى قيام مسؤولية صاحبه اذا ترتب عليه تعطيل حق شخص آخر ، كحالة الاضراب الذي يقوم به العمال ؛ لحمل رب العمل على طرد عمال غير منتمين الى النقابة ؛ إذ في هذا الاضراب تعطيل لحق رب العمل ، واعتداء على حرية العمل .

---

(١) روح الحقوق ونسبيتها - نبذة ٢٥٤ – جوسران .

(٢) انظر الدعامة الخلقية في الفقه الاسلامي وأثرها في تقييد الحق – ص ٨٨ وما بعدها من الكتاب .

المبحث الثاني

فقهاء القانون المؤيدون لنظرية التعسف وآراؤهم في تحديد معياره

لم يكتب لآراء الفقهاء المناهضين لنظرية التعسف البقاء ولا النجاح ؛ اذ قد رجحت كفة الآراء المؤيدة لها ، وساعد على ذلك ظروف الحياة الجديدة التي لم تعد تتفق وما تقضي به نظرية الحق المطلق .

على أنا كنا قد أشرنا الى أن معظم فقهاء القانون متفقون على ضرورة تقييد الحق ؛ بالنظر لما تقتضيه العدالة وقواعد الاخلاق ، وظروف الحياة المستحدثة .

ولكن هؤلاء الفقهاء – فيما يبدو – لم يجمعوا على مفهوم واحد للتعسف ، أي لم يتفقوا على معيار أو مقياس عام يتميز به التعسف عن غيره ، ويتحقق به . والواقع ، أن المستقرىء لنظراتهم في شأن هذا التحديد ، يلمس اثر الصراع القائم بين المذاهب الفردية والمذاهب الاشتراكية ، أو بين القائلين بالمعيار الشخصي ، والقائلين بالمعيار المادي .

ونعرض فيما يلي لهذين المعيارين الرئيسيين ، وما ينبثق عن كل منهما من حالات أخرى تعسفية ، ترتد الى المعيار الاصيل ، ثم نجري مقارنة فيما بينها من جهة ، ومقارنة أخرى بينها وبين ما استقر في الفقه الاسلامي من معايير من جهة أخرى .

المعيار الشخصي أو الذاتي : Snbjectif

يقوم هذا المعيار على « نية الاضرار » أو قصد الاضرار الذي يتوافر لدى صاحب الحق إبان استعماله لحقه ، فيجب البحث عن هذا القصد ، والتحقق من أن الشخص إنما أستعمل حقه بنية الاضرار بغيره ، وعلى ذلك ، لا عبرة بالاضرار اللاحقة بالغير من جراء استعمال الحق **اذا لم تكن مقصودة** ؛ لان معيار التعسف هو قصد الاضرار فحسب ، ولم يوجد .

والواقع ، أن هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف ، فقد عرفته الشرائع القديمة كما قدمنا ؛ ولذا فهو يمثل التعسف في صورته **البدائية الضيقة** [1] .

وتعليل هذا المعيار واضح ، وهو أن الحقوق انما شرعت لجلب نفع أو دفع ضرر ، **فاذا هي استعملت مجلبة للشر أو وسائل للبغي** ، وايقاع الضرر والاذى بالغير ، انسلخ عن هذا الاستعمال صفة المشروعية .

وهذا المعيار **عام** ينطبق على جميع الحقوق .

الا أن الفقيه « **جوسران** » لا يرى الاخذ بهذا المعيار بالنسبة لما يسميه بالحقوق التقديرية ، أو المطلقة ، أي التي تخضع في استعمالها لمحض تقدير أصحابها ؛ فلو استعملت هذه الحقوق بغية الاضرار بالغير لا يتحقق التعسف في نظره ، وبالتالي لا تثور المسئولية ، وذلك كحق **الايصاء والطلاق** ؛ فيمكن أن تستعمل هذه الحقوق لاي غرض كان ، دون أن يوجب ذلك مسئولية صاحبها [2] .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٠٧ – محاضرات في النظرية العامة للحق – الدكتور اسماعيل غانم ص ١٦٧ .

(٢) روح الحقوق ونسبيتها – نبذة (٢٦٩) جوسران .

وقد ذكرنا أن الشريعة الاسلامية قد نصت على تحريم استعمال **حق الايصاء** بالذات بقصد الاضرار ، ويعتبر هذا النص **أصلاً** من أصول التعسف يقاس عليه غـــيره [١] .

كما أن حق « الطلاق » لا يعتبر تقديرياً مطلقاً في نظر الشرع الاسلامي ، وأبين دليل على ذلك ، توريث المبتوته في مرض الموت على رأي الصحابة وجمهور **الفقهاء ، معاملة « للفارّ » بنقيض قصده ، أي جزاءً على تعسفه في استعمال** حق الطلاق [٢] .

هذا ، وقد ذهب الفقيه « بيفنوار » الى أن « حق الملكية » — وهو أخطر الحقوق وأجلها شأناً — **تقديري مطلق** [٣] .

فيجوز لصاحبه أن يستعمل ما يخوله هـذا الحق من سلطات لأي غرض ، ولو بنية الاضرار بالغير ، ويؤخذ على هـذا الرأي وسابقه ، أن التفرقة بين الحقوق بجعل بعضها تقديريا والآخر مقيداً ، لا تقوم على أساس يبررهـا ، فهي تفرقـة **تحكمية** ؛ ولذا رأينـــا التقنين المدني في الجمهوريـة العربية المتحدة وغيرها من البلاد العربية لايعتدّ بهـذه التفرقة ؛ اذ يجعل نظرية التعسف مبدءاً عاماً منبسطاً على جميـع الحقوق .

على ان هذا المعيار قـــد نص عليه الشرع الاسلامي في الكتاب الكريم بصدد استعمال حق الايصـاء ، والرضاع ، والرجعة [٤] ، كما نص عليه علمـــاء الاصول وأصحاب كتب القواعد ، من مثل الشاطبي [٥] وابن رجب الحنبلي [٦] .

---

(١) راجع أدلة النظرية من الكتاب الكريم ص ٣١٨ وما بعدها .

(٢) راجع أدلة النظرية من فقه الصحابة ص ٣٨٩ وما بعدها — المرجع السابق .

(٣) الملكية والعقد — ص ٨٠٧ وما بعدها — بيفنوار Bufnoir

(٤) راجع الادلة التي تثبت النظرية من الكتاب الكريم ص ٣١٨ وما بعدها — وانظر معايير نظرية التعسف في الفقه الاسلامي ص ٤٦٨ وما بعدها — المرجع السابق .

(٥) الموافقات جـ ٢ ص ٣٤٩ .

(٦) جامع العلوم والحكم ص ٢٦٥ .

ولما كان الاقتصار على الاخذ بهـذا المعيار - قصد الاضرار - يضيق من نطاق النظرية ، ويشل عملها ؛ لعسر الوقوف على هذا القصد ؛ باعتباره عنصراً نفسياً خفياً ، ادخل الفقهاء - الفرنسيون خاصة - حالات أخرى للتعسف ، ترتد الى هـذا الاصل ، وهي :

انتفاء المنفعة ولو لم يثبت قصد الاضرار

هذا المعيار يعتبر قرينة دالة على معيار قصد الاضرار ، وتابعاً له ؛ لان من يستعمل حقه دون أن يثبت توخيه لمصلحة جدّية تعود عليه ، ويلحق بغيره - في الوقت نفسه - ضرراً ، يعتبر متعسفاً ؛ لان استعمال الحق دون منفعة قرينة على أنه لم يقصد سوى الاضرار بغيره ، فنية الاضرار مفترضة في هذه الحال - وهذا المعيار الفرعي قـد جاءت به الشريعة الاسلامية ، وأورد الفقهاء له تطبيقات عدة . [٤] .

ويحسب المضرور أن يثبت الضرر وعدم وجود نفع لصاحب الحق ، دون أن يُثبت قصد الاساءة ، وعلى المدعى عليه أن يثبت العكس ؛ لينجو من المسئولية .

والواقع ، أن مثل هذه الحالة ، تعتبر أقرب الى المعيار المادي ؛ لأن نية **الاضرار مستخلصة من انتفاء المنفعة .**

---

(٤) المدونة جـ ١٥ ص ١٦٥ - تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٧٠ - البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٣٣١ للتسولي - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٤ - وراجع ادلة النظرية من فقه الصحابة في قضاء عمر في قضية محمد بن مسلمة ص ٣٨٩ وما بعدها من الكتاب - تكملة فتح القدير جـ ٦ ص ١٥٤ - كتاب الخلاف في الفقه الجعفري جـ ٢ ص ٢٤٤ - معين الحكام ص ٢٤٤ - الموافقات للشاطبي جـ ١ ص ٢٩٠ ؛ وفي هذا يقول الشاطبي : « انا لو أعملنا السبب هنا ، مع العلم بان المصلحة لاتنشأ عن ذلك السبب ، ولا توجد به ، لكان ذلك نقضا لقصد الشارع في شرع الحكم ؛ لان التسبب هنا يصير عبثا ، والعبث لايشرع ؛ بناء على القول بالمصالح » .

هذا ، ويلحق بعض الفقهاء حالة وجود مصلحة تافهة لا تستحق الذكر بهذا المعيار ، ولو أبدى صاحب الحق أنه قصدها .

لايقال : إن مثل هـــذه الحالة تدخل في معيار تمحض **قصد الاضرار** ؛ لأنا نقول ، إن تفاهة المصلحة لايعني ضآلتها أو قلتها ، وانما يعني أنها من التفاهة بحيث لا تستحق الذكر ، أمـا معيار التوازن فيفترض فيه – على الاقل – أن تكون المصلحة المقصودة اكثر من تافهة .

هل يعتبر الاهمال وعدم التحرز معياراً تابعاً للمعيار الذاتي

يرى الفقيه البلجيكي « بودان Beudant » أن « التعسف » يتحقق في حالتين :

الاولى : استعمال الحق لمجرد قصد الاضرار .

الثانية : استعمال الحق باهمال ودون تبصر ، بحيث لو استعمله بيقظة الرجل المعتاد ، وفي الظروف عينها ، لما وقع الضرر .

والحالة الثانية هذه ، ترتـد – في نظر بعض الفقهاء[1] – الى المعيار الذاتي او الشخصي الصرف ؛ لان عدم التحرز أو الاهمال متعلقان بالارادة ؛ أذ هما الوجه السلبي لها .

والواقع ، أن هـــذا المعيار – الاهمال وعـدم التحرز – ينبغي اعتباره موضوعياً مادياً ؛ لعدم ثبوت القصد الى الاضرار .

والخلاصة : أن الفقهاء أدخلوا حالات للتعسف اعتبروها متفرعة عن تمحض قصد الاضرار ، او تابعة له ، ولعل أهمهـــا **انتفاء المنفعة مع الحاق الضرر بالغير** ، متى كان صاحب الحق على بيّنة من ذلك ؛ فالمعيار الذاتي اذن يقوم على **نية الاضرار الثابتة او المفترضة** ، وان كانت الوسيلة لاثبات هـذه الاخيرة اقرب الى المعيار المادي ، كما في معيار انتفاء المنفعة ولو لم يثبت قصد الاضرار.

---

(١) التعسف في استعمال الحق – ص ٤٨٧ – حسين عامر .

المعيار المادي او الموضوعي

يرى أصحاب هذا المعيار ، أنه من العسير البحث عن القصد أو النية وتبينها فضلاً عن أن ذلك يفسح المجال امام القضاء للتحكم ، كما لا يتوقع من صاحب الحق أن يقر بقصد الاضرار هذا ، وبذلك تقل أهمية هذه النظرية باعتمادها على المعيار الذاتي وحده لمنع الاعمال التعسفية ، او غير الاجتماعية ، ويضيق من مجال تطبيقها

لذا ؛ ذهب فريق من الفقهاء الى الاخذ بالمعيار المادي ؛ غير أنهم لم يتفقوا على نظرية في شأن هذا المعيار .

فذهب الاستاذ « سالي » Salielles الى أن علة التعسف تتحقق في الاستعمال غير الطبيعي أو العادي للحق L'excercise anormal du droit والظروف والبيئة بما فيها العرف ، هي التي تحدد ما اذا كان الاستعمال عادياً أم غير عادي[1] والمقصود بهذا الاخير الاستعمال الذي ينافي الغرض الاجتماعي والاقتصادي من الحق ، بغض النظر عن نية صاحبه .

والى هذا ذهب الاستاذ « جوسران » «Josserand» ؛ إذ يرى أن التعسف هو استعمال الحق على وجه ينافي الغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي شرع من أجله .

ويفهم من هذا ، أن الحق شرع وسيلة الى ذلك الغرض ، **وليس غاية في ذاته .**

على أن « جوسران » يعتبر الحق بذاته وظيفة اجتماعية ؛ لان الحقوق — بما هي متفرعة عن القانون — يجب أن تتسم بطابعه ، والقانون ليس إلا قاعدة اجتماعية الزامية ، فكانت الحقوق اجتماعية في نشأتها ، وروحها ، والغرض منها ،

---

(١) النظرية العامة للالتزام — ج ١ — مصادر الالتزام ص ٥٠١ وما بعدها — للدكتور انور سلطان .

واذا كانت الجماعة قد منحت الافراد هذه الحقوق ؛ فلكي تكون في أيديهم وسائل أمن وعمل لصالح الجماعة ، ولا يتم ذلك الا عن طريق استعمالها على الوجه الذي يحقق الغرض منها ؛ حتى اذا خرج ذو الحق عن هذا الهدف ، كان متعسفاً ؛ لمخالفته روح الحق والغرض الاجتماعي منه «but Social» .

فحق الملكية مثلًا ليس إلا وظيفة اجتماعية Fouction Social ذلك ؛ لأن الفرد لم يمنح السلطات التي يباشر بها هذا الحق ، إلا ليتخذها وسيلة لتأمين بناء المجتمع وراحته أولاً ، ومن هنا كان لزاماً عليه أن يمارسها في حدود تلك المصلحة العامة ، لا يخالفها .

ثم لما شعر « جوسران » أن هذا المعيار من التجريد والسعة وعدم التحديد بحيث يعسر تطبيقه في القضاء ، فضلا عن اتاحة الفرصة ـ بسبب هذا التجريد والسعة ـ لتحكم القضاء . قال : « إنه بالإمكان أن يستعان على معرفة **انسجام الوجه** الذي استعمل فيه الحق مع الغرض منه ، أو مع روح القانون ، بالبحث عن الدافع أو الباعث المشروع Le motif Légitime حتى اذا انعدم الدافع المشروع لديه ، كان متعسفاً ؛ لانه خرج عن الغاية الاجتماعية للحق ؛ فلا بد أن يكون الدافع ملائماً لروح الحق والغرض منه »[1] .

وهذا المعيار ــ الخروج عن الغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق ــ قد أخذ به الاستاذ جني وريبير وهريو وباريتي وغيرهم[2] ، ويمكن أن يرد اليه ــ في نظر جوسران ــ جميع المعايير التي قال بها الفقهاء : من مثل « **قصد الاضرار** » او « **انعدام المصلحة المشروعة** » **أو مباشرة الحق بما يلحق ضرراً بالغير دون منفعة لصاحبه ، او الاستعمال غير الطبيعي للحق** .

---

(١) المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ــ جـ ١ ص ١١٩ ــ للدكتور سليمان مرقس .

(٢) النظرية العامة للالتزام جـ ١ ص ٥١٣ ــ للدكتور انور سلطان .

وخلاصة هذا المعيار ، **أنه يقيم التعسف على فكرة التحايل على الوظيفة الاجتماعية للحق »**[1] .

تقدير نظرية «جوسران»

يؤخذ على هذه النظرية ما يلي :

أولا : أنه اقام هذا المعيار على أساس أن الحق بذاته وظيفة اجتماعية ،وأن المصلحة العامة هي المنظور اليها في تقرير هذا الحق، لا المصلحة الخاصة، وقد بينا ما يؤدي اليه هـذا النظر من افتئات على شخصية الفرد وصالحه الخاص ، مما يخل بالتوازن الذي يجب الحرص على إقامته في كل حق فردي ، محـافظة على صالح الفرد وشخصيته و كيانه ـ هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، فإن تحويل الحق بذاته الى وظيفة اجتماعية بحيث يصبح صاحبه مجرد وكيل ، او موظف ، يمارس سلطات محددة ، اي يشغل مركزاً قانونياً معيناً يفرض عليه التزامات إيجابية وسلبية ،أقول: إن تحويل فكرة الحق الى ذلك، هو ـ **في الحقيقة ـ إلغاء لها**،في حين أن فكرة الحق ـ بما يخول صاحبه من سلطات يمارسها من أجل صالحه الذاتي أولاً ـ تعتبر دعامة أساسية يقوم عليها التنظيم التشريعي قديماً وحديثاً ، اللهم إلا التشريعات التي تقوم على الفلسفات التشريعية المتطرفة ، والتي تعتبر الفرد مجرد آلة اجتماعية ، أو عنصر تكوين[2] لا يعمل لصالحه الخاص ؛ بل لصالح الجماعة ، ولا يخفى ما في هذا النظر من تطرف وتجاهل لمكونات الواقع .

هذا ، وقد بيّنا أن الشريعة الاسلامية ، ترى في الحق عنصراً مزدوجاً[3] : فردياً وجماعياً معاً ، وتحافظ على إقامة التوازن بينهما ، بمـا قررته من مبادىء

---

(١) المرجع السابق .

(٢) راجع ص ٤٨ وما بعدها من الكتاب .

(٣) المرجع السابق ص ٢١٦ وما بعدها .

تشريعية ، وقواعد فقهية ، وقد بدا **مظهر هذا التوازن في نظرية التعسف في استعمال الحق** التي قيدت الحق ، فلم تجعله فردياً مطلقاً خالصاً ، كما أنها لم تلغِ فكرة الحق، بتحويلها بذاتها الى وظيفة اجتماعية ، وبذلك كان لها الفضل الأكبر في الابقاء على **فكرة الحق والحفاظ على شخصية الفرد** ، أقول قيدته بما لا يضر بالغير من الفرد أو الجماعة ، وبما يصون مقاصد الشرع في الخلق ، **وتلك هي** الوظيفة الاجتماعية للحق ؛ وبذلك لم يكن الحق في نظر الشريعة وظيفة اجتماعية؛ **بل له وظيفة اجتماعية** ، وفي رأينا أن هذا تشريع يؤيده العدل والمنطق ، فضلاً عن أنه لا يتجاهل مكونات الواقع[1] .

ثانياً – أما المعيار الذي أتى به الفقيه « جوسران » فهو ذو مفهوم عام مجرد واسع وغير محدود ، وذلك مما يعسر تطبيقه في القضاء ، كما يفتح باب الاهواء الشخصية للقضاة ؛ لأن كلّ قاضٍ ينظر الى الغاية الاجتماعية للحق بمنظاره الشخصي ، وبمقتضى معتقده الحزبي أو السياسي ، ولا يخفى ما في ذلك من خطرٍ على الحقوق ، وبلبلةٍ لا يستقيم معها ميزان العدل .

ولهذا ، رأينا « جوسران » يدعو الى الاستعانة بالباعث النفسي ؛ ليتّخذ قرينة على مجافاة استعمال الحق لغايته وروحه والغرض منه ، وهو « **انعدام الدافع المشروع** » .

ثالثاً – هذا المعيار قاصرٌ عن استيعاب جميع حالات التعسف ؛ **لأنه لا ينطبق على مضار الجوار غير المألوفة** ، **او الضرر الفاحش** ، ذلك المعيار الذي استقر في الفقه الاسلامي[2] ، وقننته[3] مجلة الاحكام العدلية .

ووجه عدم انطباقه ، أن مالك العقار قد يستعمل حقه استعمالاً **عادياً**

---

(٣) انظر ص ٢٠١٦ وما بعدها من الكتاب – في الصفة المزدوجة – وفي المقصود من المصلحة التي شرع من اجلها الحق .

(١) تبيين الحقائق – للزيلعي – ج ٤ – ص ١٩٦ .

(٢) مجلة الاحكام العدلية من المادة (١١٩٨ – ١٢١٢) .

متوخياً في ذلك المصلحة او الغاية الاجتماعية منه؛ بل وقد يساهم في تنمية الاقتصاد الوطني ، ومع ذلك يكون متعسفاً ، اذا ما نتج عن ممارسته لحقه هذا — ولو بدون قصد منه — أضرارٌ فاحشة بالغير ، وضربنا لذلك مثلاً ، اقامة مصنع في ظاهر المدينة ، لايلبث أن ينشأ حيٌّ للسكن فيما حوله ، بحيث يُضحي وجود المصنع مبعثاً لأضرار فاحشة تعطل الانتفاع المقصود من عقاراتهم .

ولكن « جوسران » يجيب على هذا ، بأن مضار الجوار غير المألوفة تشكل تجاوزا على حدود الحق لا تعسفاً في استعماله ، والى هذا ذهب الدكتور السنهوري في الوسيط [1] — وسيأتي التحقيق في هذا في بحثنا للتعسف في القانون المدني الجديد في الجمهورية العربية المتحدة ، إن شاء الله .

معيار انعدام المصلحة المشروعة [2]

وهذا المعيار في الواقع يندرج تحته عدة حالات للتعسف منها :

أولاً — استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير .

ثانياً — استعمال الحق حالة انتفاء المنفعة لصاحبه ، وعدم ثبوت قصد الاضرار .

ثالثاً — حالة تخيُّر صاحب الحق اكثر الطرق ضرراً بغيره ، دون فائدة تعود عليه ، على حين أن له ندحة عن ذلك الى طريق أخرى لايلزم عنها هذا الضرر ، ولا يتضرر صاحب الحق في الانتقال اليها .

رابعاً — استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة .

وقد انتقد هذا المعيار الاخير الاستاذ « جوسران » فذهب الى ان المتبادر

---

(١) ج ١ نبذة — ٦٣ .

(٢) « وقد اخذ بهذا المعيار الاستاذ سالي . . الى جانب غيره من المعايير ، كالاستعمال غير العادي للحق ، أو الخروج عن الغاية الاجتماعية والاقتصادية للحق ، واخذ به ايضا الاستاذ — « بردمى » « ومارتن » — النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ٥١٢ الدكتور انور سلطان .

من المصلحة عرفاً ، هو المنفعة الشخصية ، وبهذا التفسير للمصلحة ، يصبح المعيار قاصراً عن استيعاب حالات التعسف « في الحقوق الغيرية » التي لايجني اصحابها منافع شخصية لذواتهم .

ويمكن الرد على ذلك ، بمنع هذا المعنى ، لم لا يقصد بالمصلحة المشروعة هنا ، **المصلحة التي قررها الشارع للحق** ، سواء أكانت راجعة لصاحبه ام لغيره[1] ؟

ولعل هذا المعيار مشتق من تعريف الحق « لإهرنج » بانه **«مصلحة يحميها القانون»**[2] ولا يحمي القانون الا المصلحة المشروعة ، فاستعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة ، او دون فائدة ؛ بل لمجرد الاضرار ، أمرٌ لايحميه القانون.

نظرة عامة في المعايير التي قال بها مؤيدو النظرية من فقهاء القانون

الواقع ، أن هذه المعايير ـ وان بدا بعضها ذا مظهر مادي ـ إلا أنها تمتد الى المعيار الذاتي او الشخصي ، « فجوسران » يُقيم التعسف على اساس **«انعدام الدافع المشروع »**[3] و « سالي » و « جني » وغيرهما ، على اساس **انعدام المصلحة غير المشروعة** « وبيفنوار » يقيمها على اساس **«نية الاضرار بالغير»**[4].

وبذلك بدا قصور هذه المعايير ، بالنسبة لما أصّل **الفقه الاسلامي لهذه** النظرية[5] من معايير ذاتية وموضوعية .

---

(١) مجلة القانون والاقتصاد ـ العدد الاول ـ السنة السابعة عشرة ـ مارس سنة ١٩٤٧ ص ١٠٥ ـ ١٠٧ ـ مقال للدكتور انور سلطان في نظرية التعسف في حق الملكية.

(٢) المرجع السابق .

(٣) لانه يرى أنه يستعان بالبحث عن الدافع غير المشروع ، لتبين الخروج عن الهدف الاجتماعي والاقتصادي للحق .

(٤) النظرية العامة للالتزام ـ مصادر الالتزام ـ جـ ١ ص ٥١٢ وما بعدها ـ للدكتور انور سلطان .

(٥) انظر معايير نظرية التعسف في الفقه الاسلامي ـ ص ٤٦٨ وما بعدها من الكتاب .

الفصل الثالث

نظرية التعسف في التشريعات الحديثة

المبحث الاول

في القوانين الاجنبية

كان للعوامل التي أثرت في تطوير مفهوم الحق في القضاء والفقه ، حتى انتقل من مفهومه الفلسفي الفردي المطلق الى المفهوم الاجتماعي ، مما استوجب تقييده، اثرها في **التشريعات الحديثة** ايضاً ، فأخذت بنظرية التعسف في اواخر القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين، على تفاوت بينها ، من حيث **نطاق معاييرها ، ومجال تطبيقها** .

اما من حيث نطاق المعايير، فقد اقتصرت بعض هذه التشريعات على **المعيار الذاتي في أضيق حدوده** ، وهو « **قصد الاضرار** » كالقانون الالماني الصادر سنة ١٨٩٦ ، والذي عمل به ابتداء من سنة ١٩٠٠ ، ومنها ما كان اكثر توسعاً في هذا المعيار ، كالقانون السويسري الصادر سنة ١٩٠٧ .

وبعضها الآخر اخذ بالمعيار **المادي وحده** كالقانون السوفيتي [١] .

اما تشريعات البلاد العربية، فتكاد تتفق على معايير واحدة للنظرية؛ فبعضها

(١) لم يتيسر لنا بحث معايير النظريـة في القانون المراكشي والتونسي والاردني للسرعة الكلية التي تمّ فيها انجاز القسم الاخير من هذا الكتاب .

أخذ بالنظرية في اوسع صورها ، كالتقنين المدني الجديد في الجمهورية العربية المتحدة ، وتبعه التقنين المدني السوري والليبي ، اما التشريع اللبناني فقد اخذ بها على سعة ايضاً ، متأثراً بفقه « جوسران »[1] واضع هذا القانون ، ومحتذيا مشروع القانون الايطالي والفرنسي للالتزامات في هذا الصدد؛ لكنه يختلف عن اولئك في انه لم يفصل في معايير النظرية ، فضلاً عن تحديدها ؛ لما يكتنف معيار الغرض الذي من اجله منح هذا الحق من ابهام وغموض .

ونتناول اولاً التشريعات الاجنبية بالشرح المقتضب والنقد :

١ ـــ القانون المدني الالماني :

تنص المادة (٢٢٦) منه على انه « لا يباح استعمال الحق **اذا لم يكن له من غرض سوى الاضرار بالغير** » .

وظاهر ، أن هذا النص لا يتيح تطبيق نظرية التعسف **الا في اضيق الحدود** ، وهو حالة استعمال الحق؛ **لمجرد قصد الاضرار** ؛ فلو صحب هذا القصد غرض آخر لصاحب الحق كان استعماله لحقه مباحاً .

٢ ـــ القانون المدني السويسري ـ الصادر سنة ١٩٠٧ :

تنص المادة الثانية من هذا القانون على انه « يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه ، وأن يقوم بتنفيذ التزاماته ، طبقاً للقواعد التي يرسمها حسنُ النية ، أما التعسف الظاهر في استعمال الحق ، فلا يقره القانون » .

وهذا النص لا يقصر التعسف على حالة ما اذا توافرت نية الاضرار فحسب؛ بل يشمل حالات التعسف الأخرى التي تثور المسئولية فيها ، بقطع النظر عن نية الاضرار .

فكان بذلك اوسع مجالاً من نص القانون الالماني السالف الذكر في هذا الصدد ، لولا هذا الابهام الذي يكتنف التعبير « بالتعسف الظاهر » .

---

(١) روح الحقوق ونسبيتها نبذة ٢١٢ – جوسران .

٣ ــ القانون المدني السوفيتي :

اكتفى القانون السوفيتي **بالمعيار المادي** وحده ، فقد نصت المادة الثانية منه على « ان القانون يكفل الحقوق المدنية ، الا ان يكون استعمالها مخالفاً للغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي وجدت من أجله » .

وهذا المعيار على ابهامه وغموضه ـ كما ترى ـ واسعٌ غير محدود ، مما يعسر تطبيقه في القضاء ؛ فضلًا عن أنه يُفسح مجالاً لأهواء القضاء وميولهم السياسية ؛ لأن الغرض الاجتماعي والاقتصادي للحق **يختلف باختلاف المذاهب السياسية والاجتماعية** ، وبالجملة ، يرد عليه ما أوردناه على نظرية « جوسران » .

وعلى ذلك يعسر الاخذ به كمعيار لنظرية التعسف في جميع دول العالم .

٤ ــ القانون المدني البولوني :

جاء في المادة (١٣٥) منه « ان كل من يلحق عن **قصد او اهمال** ضرراً بالغير وهو يستعمل حقاً من حقوقه ، يكون ملزما بضمانه ، اذا كان قد تجاوز في استعماله حدود حسن النية ، او الهدف الذي من اجله منح هذا الحق » .

فالمادة تشترط ـ كما هو ظاهر ـ أن يكون الضرر ناشئاً عن « قصد او اهمال » متى كان في استعمال الحق تجاوزٌ لحدود النية الحسنة ، او للهدف الذي من اجله وجد الحق ، وهذا دون شك يضيق من نطاق معايير التعسف ؛ اذ لم يفصل فيها كما هو الشأن في الفقه الاسلامي ، بل اكتفى بهذا الابهام الذي يكتنف تعبيره « بالهدف الذي من اجله وجد الحق .

٥ ــ مشروع القانون الفرنسي ـ الايطالي للالتزامات :

فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (٧٤) منه انه « يعتبر متعسفاً كل من يلحق ضرراً بالغير ، متجاوزاً في استعماله حقه حدود النية الحسنة ، او **الهدف** الذي من اجله اعطي هذا الحق » .

وظاهر أن هذا النص « متى كان في استعمال الحق تجاوز لحدود حسن النية او للهدف الذي من أجله وجد الحق » كسابقه في القانون البولوني ، ويرد عليه ما اوردنا على ذلك من تضييق مجال معايير النظرية الذي يترتب عليه تضييق مجال تطبيقها ؛ فضلاً عن تعسره في القضاء ؛ بالنظر لما يكتنفه من ابهام .

المبحث الثاني

نظرية التعسف في تقنينات البلاد العربية

١ — القانون المدني اللبناني[1] :

تنص المادة ١٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على انه « يلزم ايضاً بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه ـ اثناء استعمال حقه ـ حدود حسن النية، او الغرض الذي من اجله منح هذا الحق ».

Doit reparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant , dans l'exercice de son droit , les limites fixées par la bonne foi ou le but en vue duquel ce droit lui a étés conféré .

وهذا النص يقرر نفس مايقرره مشروع القانون الفرنسي ـ الايطالي للالتزامات ، كما قدمنا ، وهو بعمومه يشمل المعيارين الذاتي ـ والموضوعي ؛ فيعتبر الشخص متعسفاً اذا استعمل حقه بنية الاضرار بالغير، او استعمله لغرض يخالف الغرض الذي من اجله مشرع هذا الحق ، اياً كان هذا الغرض الاخير ، اقتصادياً او اجتماعياً او سياسياً او غير ذلك[2] .

---

(١) من المعروف ، ان واضع القانون اللبناني الفقيه الفرنسي « جوسران ».

(٢) انظر الدكتور صبحي المحمصاني ـ ج ١ ص ٥٤ – الدكتور خليل جريج =

غير ان هـذا المعيار الاخير واسع غير محدد ، ولو جنح القانون اللبناني الى التفصيل في معايير النظرية صنيـع قانون الجمهورية العربية المتحدة لتفادي بذلك التضييق من معايير النظرية وابهام بعضها .

٢ـ القانون المدني الجديد للجمهورية العربية المتحدة :

اخذ القانون المدني الجديد في الجمهورية العربية المتحدة بنظرية عامة للتعسف في استعمال الحق ، واستعان في صياغتها بـا استقر في الفقه الاسلامي من اصول تقوم عليها هذه النظرية ، الى جانب استهدائه بالمذاهب الفقهية الحديثة ، ونصوص الشرائع الوضعية[1] .

وفي ذلك تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي « ان المشرع قـد وضع بذلك « دستوراً لمباشرة الحقوق : ألف فيه بين ما استقر من المبادىء في الشريعة الاسلامية ، وبين ما انتهى اليه الفقه الحـديث في نظرية التعسف في استعمال الحق ؛ ولكن دون أن يتقيد كل التقيد بمذاهب هـذا الفقه ، وبذلك اتيح له ، أن يمكن للنزعة الاخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة ، وان يصل بـين نصوصه وبين الفقه الاسلامي في أرقى نواحيه ، واحفلها بعناصر المرونـة والحياة »[2] .

ولقد أحل التقنين المدني الجديد هذا نظرية التعسف مكاناً بارزاً بين نصوصه التمهيدية ؛ اهتماماً بشأنها ؛ وللدلالة على عموميتها وشمولهـا لجميـع انواع الحق ، شخصيةً كانت ام عينية[3] » .

= ص ٥٣١ وما بعدها المسئولية المدنية ص ١٣٢ – للدكتور سليمان مرقس – الوجيز في الحقوق المدنية – للدكتور عدنان القوتلي ص ٣٢٢ ، ص ٣٢٤ .

(١) اصول القانون – ص ١٠٨٤ – للدكتور حسين كيره .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ٢١١ .

(٣) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « بيد أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكاناً بارزاً =

النصوص القانونية لنظرية التعسف :

تنص المادة (٤) منه على ان :

١ ـ « من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لايكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر » .

ويفهم من هذه الفقرة تقريرها لمبدأ تقييد الحق ونسبيته ، وعدم المسئولية عن الاضرار التي قد تنشأ عن الاستعمال المشروع للحق ، ولما كان الاستعمال التعسفي غير المشروع ، هو الذي تترتب عليه المسئولية إذا نشأ عنه ضرر ، حددت معاييره في المادة الخامسة كما يلي :

أ ـ اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

ب ـ اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لاتتناسب البتة مع مايصيب الغير من ضرر بسببها .

جـ ـ اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة[1] .

وظاهرٌ أن المشروع قد أخذ بكلا المعيارين : الشخصي والموضوعي ؛ غير

= بين النصوص التمهيدية ؛ لان لهذه النظرية من معنى العموم مايجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون ، دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع . واذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها الى قواعد المسئولية التقصيرية ؛ بسبب قصور النصوص ؛ فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة ؛ بل شمل التطبيق نواحي القانون قاطبة ؛ فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الاحوال الشخصية ، كما تنطبق على الروابط المالية ، وأنها تسري في شأن الحقوق العينية ، سريانها في شأن الحقوق الشخصية ، وانها لاتقف عند حدود القانون الخاص ، بل تجاوزه الى القانون العام ، ولذا آثر المشروع ان يضع هذه النظرية وضعا عاما » ـ مجموعة الاعمال التحضيرية وما بعدها ص ٢٠٧ .

(١) اخذ القانون المدني السوري بنظرية التعسف ، ونص عليها في الباب التمهيدي في المادتين الخامسة والسادسة ، ونصوصها مأخوذة بحرفتيها عن أصله القانون المدني للجمهورية العربية المتحدة .

ان المشروع التمهيدي قد نص على معيارين آخرين قد استقرا في الفقه الاسلامي ، وقننتها مجلة الاحكام العدلية ؛ ولكن المشرع لم يذكرهما ضمن معايير التعسف التي نصت عليها المادة الخامسة وهما :

اولاً) حالة استعمال الحق استعمالاً يتعارض مع **مصلحة عامة جوهرية** .

وهذا معيار مادّي قد نص عليه الاصوليون والفقهاء في مواطن عدة من كتب الاصول والفقه[1] ، وهو معيار يحفل بالآثار المادية للتصرف ، اي **يحفل** بمجرد واقعة الضرر ، بقطع النظر عن النية او الباعث ، ومن تطبيقاته **مايتعلق بولاية الدولة في تقييد حقوق الافراد** ؛ صيانةً للمصلحة العامة ، كمنع الاحتكار ، وكالتسعير الجبري .

ويعلل الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري عدم النص على هذا المعيار في المادة الخامسة من القانون المدني ، بأنه « أقرب الى ان يكون خطة تشريعية ينهج المشرع على مقتضاها ، في وضع تشريعات استثنائية تقضيها ظروف خاصة ، من ان يكون معياراً يتخذه القاضي للتطبيق العملي في الاقضية اليومية »[2] .

ثانياً - التعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعمالها على الوجه المألوف .

---

(١) الموافقات ج ٢ ص ٣٥٠ اذ يقول الشاطبي « المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة » وانظر هذا المعنى أيضا - الهداية في الفقه الحنفي ج ٤ ص ١٤٤ - والطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٣١٠ .

وقننته المجلة في أكثر من مادة - انظر المواد ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ من المجلة .

وقد شرحنا هذه المواد في القواعد المثبتة للنظرية ص ٤٠٣ وما بعدها من الكتاب.

(٢) الوسيط - ج ١ - نبذة - ٥٦٣ ص ٨٤٨ وهذا يؤيد ماكنا قد اشرنا اليه ، من مبادىء درء التعسف في التشريع الذي يعتمد على اصل النظر في المآلات - الموافقات ج ٤ ص ١٩٦ وما بعدها - وراجع الاصول التشريعية التي تقوم عليها النظرية - ص٤٠٣ وما بعدها من الكتاب.

وهذا المعيار خاص بمضار الجوار غير المألوفة ، او ما يسميه فقهاء الشريعة بالضرر البيّن او الفاحش [1] .

وقد كان المشروع التمهيدي يجعل استعمال الحق غير مشروع اذا كان « من شأنه ان يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف [2] » .

التحقيق في كون الضرر الفاحش معياراً للتعسف :

الضرر الفاحش -- كما يبدو -- معيار مادي ، والفقه الاسلامي يخصه بكيان مستقل ، بينما لا يؤكد الفقه الغربي استقلاله ؛ بل « يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة ، او يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق ، يطلق عليها اسم **الافراط** » .

هذا ، وقد قننت المجلة -- كما قلنا -- هذا المعيار ، فنصت في المادة ١١٩٨ على ان « كل أحد له حق التعلي على حائط الملك ، وبناء ما يريد ، وليس لجاره منعه ، ما لم يكن ضرره فاحشا [2] » .

غير ان الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، يعتبر مضار الجوار غير المألوفة خارجة عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ؛ اذ يقول : « فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ؛ ليس تعسفاً في استعمال الحق ؛ بل هو خروج عن حدود الحق [3] » .

ويقول في موضع آخر : « ويلاحظ ان المادة (٨٠٧) من القانون المدني

---

(١) تبيين الحقائق -- جـ ٤ ص ١٩٦ راجع حقوق الجوار ص ٣٥ وراجع مبدأ العدل المطلق في الفقه الاسلامي وصلته بنظرية التعسف -- في الميدان الاجتهادي ص ١٠٣ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٢) انظر المادة ١١٩٩ من المجلة . وانظر التطبيقات التي أوردتها المجلة على المعيار في المواد من ١٢٠٠ -- ١٢١٢ .

(٣) الوسيط جـ ١ نبذة (٥٦٣) ص ٨٤٩ .

الجديد[1]، رسمت حداً لحق الملكية ، فقضت ألا يغلو المالك في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار ، وان للجار ان يطلب ازالة مضار الجوار اذا تجاوزت الحد المألوف ، فالخروج عن هذا الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية يعتبر خروجاً عن حدود الحق لا تعسفاً في استعماله[2] » .

وعمدة الدكتور السنهوري في هذا التكييف للضرر الفاحش ، او المضار غير المألوفة بالجوار ، وأنها مجاوزة ، ان نص المادة المذكورة قد رسم الحد لحق الملكية ، فالخروج عن هذا الحد يعتبر مجاوزة لا تعسفاً .

وعندي ان نص هذه المادة[3] (٨٠٧) يعتبر تطبيقا لنظرية التعسف ، ولا يعني النص على هذا المعيار رسم حد يعتبر تعديه مجاوزة؛ذلك ؛لأن ثمة تطبيقات كثيرة لنظرية التعسف مبثوثة في القانون المدني ، ومنصوصاً عليها ، يمكن اعتبارها - جريا على مقتضى هذا المنطق - حدوداً للحق ، وتعديها مجاوزة لا تعسفاً ؛ بل يمكن اعتبار « المعايير » التي حددها الشارع لنظرية التعسف في المادة الخامسة ترسم حدوداً للحق ، وتعديها بالتالي يعتبر مجاوزة لا تعسفاً ايضاً ، وحينئذ تنهار نظرية التعسف من اساسها ، **وضعف هذا الدليل يبدو من اعتبار مجرد النص على المعيار رسماً وتخطيطاً لحد الحق .**

ووجه هذا الضعف ، ان النص كما يكون لرسم حد الحق ، يكون تطبيقاً لنظرية قانونية ، او مبدأ قانونيٍ عام مستقر ؛ فليست العبرة بمجرد النص ؛ بل بماهية **او حقيقة المنصوص عليه .**

والواقع ، ان الضرر الفاحش ، هو - في حقيقته - ثمرة او نتيجة لفعل مشروع في الاصل ، هو التصرف الفعلي في حق الملكية ، وسلطة التصرف ثابتة

---

(١) في الجمهورية العربية المتحدة .

(٢) المرجع السابق - نبذة (٥٥١) ص ٨٣٢ ص ٨٣٣ بالهامش .

(٣) ونص المادة (٨٠٧) من القانون المدني كما يأتي (١) « على المالك الا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار .. الخ »

للمالك بمقتضى هذا الحق ، فهي مشروعة لذاتها ؛ ولكنها تصبح غير مشروعة ، بالنظر الى نتيجتها غير المألوفة، في ضوء الظروف والملابسات التي احتفت بها"[1].

فالتحريم او المنع ينصب على الاستعمال لا لذاته ؛ لأنه كما قلنا مشروع في الاصل ؛ بل بالنظر الى نتيجته ، بدليل ان الظروف والملابسات اذا تغيرت ، بحيث اصبحت النتيجة أقل جسامة مما يحددها هذا المعيار ، بأن اصبحت مألوفة، عاد الى الفعل مشروعيته ، وليس كذلك المجاوزة ؛ لأنها اعتداءٌ محض في جميع الظروف والاحوال ، فالفعل في المجاوزة غير مشروع لذاته ، بقطع النظر عن نتيجته وثمرته ومقداره ، بل ولو كانت ثمرتـه خيراً ونفعاً بالنسبة للمعتدى على حقه ؛ فانه يمنع ، كما في التصرف في ملك الغير بدون اذنه .

والخلاصة ، ان المالك الذي يتصرف في حدود ملكه ،وضمن السلطات التي يخوله اياها حق الملكية – ولو اتخذ كافة الاحتياطات ؛ لتوقي وقوع الضرر – يمنع اذا ترتب على تصرفه هذا ضررٌ غير مألوف بجاره ، لا بالنظر الى ما يمارس من سلطة ؛ لأنهـــا مشروعة ؛ بل بالنظر **لمجرد واقعة الضرر البيّن الناجمة عن استعماله**[2] .

واضح اذن، ان التعسف لايتعلق بمضمون[3] الحق،او مايخوله من سلطات؛ بل يتعلق بثمرة الفعل ونتيجته او الباعث عليه .

---

(١) – وليس للجار ان يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لايمكن تجنبها ، وانما له ان يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ، على ان يراعى في ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة الى الآخر ، والغرض الذي خصصت له .

(٢) التكييف الفقهي للتعسف في استعمال الحق – ص ٢٨١ من الكتاب – وراجع الموجبات والعقود – جـ ١ ص ٤٨ – الدكتور صبحي المحمصاني .

(٣) اصول القانون للدكتور حسين كيره ص ١١٣٠ ، ومن المخالفين لرأي الدكتور السنهوري في هذا الرأي الدكتور انور سلطان – مجلة القانون والاقتصاد – العدد /١/ لسنة ١٧ ص ٩٧ وما بعدها . الدكتور السعيد مصطفى السعيد رسالته – (في مدى استعمال حقوق الزوجية – ٣٦ – ٣٨ و ٤٠١ .

أضف الى ذلك ؛ ان الرأي قد استقر في الفقه الاسلامي على اعتباره تعسفاً لا مجاوزة ، يرشدنا الى هـذا ، ان المتقدمين من الحنفية ، وكذلك الامـام الشافعي[1] والظاهرية[2]ـ لم يقيدوا حق المالك في التصرف بملكه اذا ترتب على ذلك ضرر فاحش بجاره خلافاً للحنابلة والمالكية ، ولو كان ذلك مجاوزة – والمجاوزة اعتداء – لما كان ثمة وجه لاطلاق الحق ، ولا وجبوا المنع اتفاقاً ، ولكن الأمر مختلف فيه كما رأيت .

واذا كان الفقه الاسـلامي يعتبر معيار الضرر الفاحش مسألة متعلقة بالحق ومدى استعماله ؛ بدليـل اختلاف الفقهاء وانقسامهم بين مطلق ومقيد ، كما ذكرنا ، وبدليل ما ورد من تعليلاتهم للاطـلاق والتقييد ؛ فان الارجح ان يعتبر نص المادة (٨٠٧) في القانون المدني تطبيقاً لنظرية التعسف ، لا صورة من مجاوزة حدود حق الملكية ؛ ووجهتنا في هذا الترجيح امور :

اولاً) ان صياغة المادة المذكورة لا تخرج عما تقرر في كتب الفقه الاسلامي ، والمعايير المذكورة فيها وردت بعينها في عبارة شرح الكنز[3] فالارجح ـ والحالة هذه ـ ان يكيف هذا النص على ضوء من هدي هذا الفقه ، وهو المصدر الاصل الذي اشتقت منه معايير التعسف في هذا القانون .

ثانياً) ان القضاء المصري ـ في ظل التقنين الملغى – قد برّر مسئولية المالك في هذه الحال بالتعسف ، والتقنين الجديد قد استهدى في صياغته لنظرية التعسف ومعاييرها بما استقر في الفقه الاسلامي من مبادىء واحكام ، فلا دليل يقنع على هذا التكييف الجديد للضرر الفاحش بأنه مجاوزة لا تعسف .

ثالثاً) ان معظم فقهاء القانون في البلاد العربية ممن لهم بصر بفقه الشريعة الاسلامية ، يقرون بأن نص المادة المذكورة ، وما استقر من اجتهاد القضاء

---

(١) الام جـ ٣ ص ٢٢٢ .

(٢) المحلى جـ ٧ ص ٢٤١ – ٢٤٢ ، نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٦٥ .

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق جـ ٤ ص ١٩٦ .

المصري في هذا الصدد كلاهما مستمد من هدى الشريعة الاسلامية [1]، وقد رأيت تكييف الشريعة لهذا المعيار بأنه تعسف لا مجاوزة، ولهذا وقع الاختلاف في شأنه كما ذكر آنفاً.

ونثبت هنا رأي واحد منهم على سبيل المثال - حيث يقول في صدد استبعاد المعيارين اللذين وردا في المشروع التمهيدي من نطاق نظرية التعسف.

---

(١) انظر شرح القانون المدني في الحقوق العينية الاصلية - الدكتور عبد المنعم البدراوي - (نبذة ٨١) وما بعدها - اصول القانون ص ١١٣٠ - للدكتور حسن كيره، شرح القانون المدني الجديد - الحقوق العينية الاصلية ج ١ نبذة (٢٧٦) للدكتور محمد كامل مرسي - مدى استعمال الحقوق الزوجية ص ٣٦، ٣٨، ٤١ الدكتور السعيد مصطفى السعيد.

مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة عشرة بالعدد الاول ص ٩٣ و ٩٤ - الدكتور انور سلطان - ومن فقهاء القانون العراقيين ؛ الدكتور صلاح الدين الناهي - محاضرات عن القانون المدني العراقي - ١٣٤ . - الاستاذ حامد مصطفى - الملكية العقارية في العراق - ص ٦٨ وما بعدها.

الدكتور حسن الذنون - الحقوق العينية الاصلية ص ٣٧ .

- ومن فقهاء لبنان الدكتور صبحي المحمصاني - النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ج ١ ص ٤٤ .

- ولكنا لانوافق الدكتور المحمصاني على تقسيمه الضرر الفاحش الى نوعين: نوع فيه مجاوزة الى حقوق الآخرين، كالاصوات والدخان وطرق الحديد، وآخر لايخرج عن حدود استعمال الحق العادي، اذ لم نر تبريرا لهذ التقسيم، كما لم نر احدا من فقهاء المسلمين من قال بذلك، وكل ماقالوه في هذا الصدد، ان الضرر الفاحش : هو مايمنع الحوائج الاصلية، يعني المنفعة الاصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يضر بالبناء، اي يجلب له وهنا، ويكون سبب انهدامه.

وما دام الضرر الفاحش ناشئا عن تصرف في الحدود الموضوعية لحق الملكية، فلا وجه للقول بانه بعضه تعسف وبعضه مجاوزة.

راجع ص ٤٦ - المرجع السابق.

- ومن الفقهاء السوريين - الدكتور عدنان القوتلي : الوجيز في الحقوق المدنية - ج ١ ص ٣٤٤ .

« ولذا يصح التساؤل ، هل أراد المشروع الاخير اخراج هاتين الحالتين ـ حالة الضرر الفاحش وحالة تعارض استعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية ـ من نطاق نظرية التعسف ، والانتقاص من مدى هـذه النظرية كما عرفتها الشريعة الاسلامية والقضاء المصري ، وكما أراد واضعو المشروع تطبيقها في بادىء الأمر ؟

« من العسير الأخذ بهذا الرأي ، ونعتقد أنه قصد باغفال هاتين الحالتين عدم الاسترسال في ذكر تطبيقات النظرية ، والاكتفاء بالمبدأ العام الوارد في المـادة الرابعة من وجوب استعمال الحقوق استعمالاً جائزاً ، وطبيعي أنه لا يمكن الادعاء ان الحق استعمل استعمالاً جائزاً اذا كان هـذا الاستعمال متعارضاً مع مصلحة عامة جوهرية ، أو ترتب عليه ضرر فاحش يتمثل في تعطيل استعمال حقوق الغير على الوجه المألوف [1] » .

والواقع ، أن من ذهب الى استبعاد معيار « الضرر الفاحش » من نطـاق نظرية التعسف ؛ انمـا دفعه الى ذلك تفادي التناقض بين طبيعة هذا المعيار ـ وما ذهب اليه من تكييف النظرية ذاتها .

فقد أقام هذا الفريق نظرية التعسف على فكرة « الخطأ [2]» مبنى المسئولية التقصيرية، أو على صورة ثالثة توسعية «للخطأ» كما ذهب الى ذلك آخرون[3]، والخطأ في المفهوم القانوني الحديث ، هو انحراف في السلوك المألوف للشخص العادي [4] ولما كان الضرر غير المألوف ، أو الفاحش ، قد ينشأ نتيجة للاستعمال العادي

---

(١) مجلة القانون والاقتصاد ـ العـدد الاول ـ السنة السابعة عشـرة ص ٩٣ و ٩٤ ـ الدكتور انور سلطان .
(٢) الوسيط ط ج ١ نبذة (٥٢٢) و ٥٥٧ و ٥٥٩ ـ للدكتور السنهوري .
(٣) المسئولية المدنية ـ ص ١٢٠ ـ الدكتور سليمان مرقس .
(٤) اصول القانون ص ١٠٩٣ ـ للدكتور حسن كيره .

لحق الملكية ، وبباعث مشروع يهدف الى المصلحة التي من أجلها قرر الحق [1] ، وفي حدود الاحتياطات التي من شأنها الحيلولة دون وقوع الضرر ، اقول : لما كان الضرر الفاحش قد ينشأ عن استعمال حق الملكية بالرغم عن ذلك كله ، لم ير بعضهم في هذه الحالة صورة من التعسف الذي أصلوه على فكرة « الخطأ » .
ومن الغريب أن بعضهم يذكر ان قواعد المسئولية التقصيرية لا تنطبق على « الغلو » الذي تنص عليه المادة (٨٠٧) ، اذ قد لا يتحقق فيه « الخطأ [2] » بالمعنى القانوني في بعض الحالات . فكيف يدعى ان هـذا المعيار مبناه الخطأ المولد *المسئولية التقصيرية* اذن ؟! هذا من جهة .

ومن جهة أخرى يوضح هذا الفريق أن الضرر يختلف حكمه هنا عما تقضي به قواعد المسئولية التقصيرية « لان هـذه القواعد توجب التعويض عن الضرر » **أياً كان مقداره** ، بينما في الحالة التي نحن بصددها ، يجب أن يكون الضرر على **على درجة معينة من الجسامة** ؛ اذ يتعين أن يجاوز مقداره الحد المألوف بين الجيران [3] » ثم ينتهي الى ان **غلو المالك** في الاستعمال هو عنصر « الخطأ » في هذه المسؤولية !!! ويقول « ينظر اليه من خلال الضرر ، **وذلك على خلاف القواعد العامة التي تجعل** من الخطأ والضرر في المسئولية عنصرين متميزين ، بحيث ينظر الى كل منهما على **استقلال** » .

وواضح من هذا مدى مجافاة تبرير مسئولية المالك عن الضرر الفاحش ، على أساس قواعد المسئولية التقصيرية التي مبناها الخطأ ، ومع ذلك يصر هذا الفريق على اعتبار « **الغلو خطأ** » أو قل يصرّ على اقحام الغلو في فكرة « الخطأ » .

هذا ، وقد عمد بعض الفقهاء ــ امعاناً في تأسيس نظرية التعسف على « الخطأ »

---

(١) محاضرات في القانون المدني ــ ص ٩٢ – الدكتور عبد المنعم فرج الصدة .
(٢) المرجع السابق ص ٩٢ .
(٣) المرجع السابق .

المولد للمسئولية التقصيرية - الى اشـــتراط ان يكون الضرر الفاحش نتيجة « للخطأ » لا لمجرد استعمال حق الملكية ، بينما لم نر هذا الشرط في كتب الفقه الاسلامي التي هي مصدر هـــذا المعيار ، ولا ندري من أي مصدر اشتق هذا الشرط ؟ [1] .

فالمسئولية في الفقه الاسلامي تترتب على **مجرد واقعة الضرر البين** ، أي لمجرد التسبب فيه ، وهـذه هي المسئولية المطلقة غير المشروطة بالخطأ كما ذكرنا .

والخلاصة : ان التعسف لو كيّف على النحو الذي جاءت به الشريعة الاسلامية - وهي المعين الاصيل الاول لهـذه النظرية - من أن حقيقته ؛ **مناقضة قصد** الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الاصل ، مما يربط التعسف « بالحق » **من حيث نتيجته أو غرضه** ، لاغنانا ذلك عن الخوض في هـذه التفسيرات الفقهية المتناقضة ، والتي تحاول رد هذا المعيار - بتعسف ظاهر - الى فكـرة « الخطـــأ » تارة ، او الى المجاوزة أخرى ، بالرغم من « **التعسف** » في هـذا التأويل .

هذا ، وقد رأينا القضاء في الغرب قـــد أجمع اليوم على اغفال البحث عن « **الخطأ** » بصدد هذا المعيار ، لعدم امكان رده اليه [2] ، وهو ماقررته الشريعة الاسلامية منذ قرون .

---

(١) الحقوق العينية الاصلية - نبذة (٨٢) - للدكتور عبد المنعم البدراوي .

(٢) التعسف في استعمال الحق - ص ١١٢ - حسين عامر - راجع التكييف الفقهي لنظرية التعسف ص ٢٨١ - من الكتاب .



المبحث الثالث

المعايير الثلاثة التي تضمنها القانون المدني السوري الجديد

هل وردت على سبيل الحصر او المثال :

يقول الشارع في مذكرة المشروع التمهيدي : « إن هذه الضوابط الثلاثة استمدت من الفقه الاسلامي بوجه خاص »[1] .

ولكن ، هل هذه الضوابط واردة على سبيل الحصر أو المثال ؟ .

وقع الخلاف في هذا ؛ ولكن مذكرة المشروع التمهيدي المشار اليها آنفاً ، نصت على أنها – أي الضوابط – تهيء عناصر نافعة للاسترشاد ، وهذا يفيد أن المشرع انما قصد بوضعها أن تكون نافعة للاهتداء بها **والقياس عليها**[2] ، ويخالف بعضهم في هذا النظر ؛ اذ يرى أن الانحراف هنا لا يعتد به الا اذا اتخذ صورة من الصور التي عددها القانون الجديد ، أي أن هذه المعايير واردة على سبيل الحصر ، وهو رأي جمهور الفقه المصري[3] .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني – جـ ١ ص ٢٠٧ – راجع معايير التعسف في الفقه الاسلامي ص ٤٦٨ وما بعدها من الكتاب .

(٢) ويؤيد هذا الرأي – الدكتور حسن كيره – اصول القانون ص ١١٣٣ – الاستاذ حسين عامر – التعسف في استعمال الحق ص ٦١٤ .

(٣) الوسيط جـ ١ نبذة (٥٥٩) للسنهوري – النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٨ – ص ١٦١ الدكتور اسماعيل غانم – مصادر الالتزام – سنة ١٩٥٨ نبذة ٤٤١ – الدكتور عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الالتزام – جـ ١ مصادر الالتزام – فقرة (٥٥٤) .

ونرجح انها واردة على سبيل المثال ، بدليل أن الفقه الاسلامي ، اعتبر الضرر الفاحش معياراً للتعسف ، ولم يرد له ذكر بين هذه المعايير ، وكل معيار تفصيلي يمكن أن يدخل في الضابط العام، وهو المناقضة لمقصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الاصل - يعتبر مقياساً للتعسف .

ونبحث الآن في هذه المعايير ؛ لنرى مدى مطابقتها لاصول النظرية التي استقرت في الفقه الاسلامي .

المعيار الاول – استعمال الحق لمجرد قصد الاضرار

هذا المعيار الذاتي قد نص عليه ابن رجب الحنبلي اذ يقول :

« ان لا يكون في ذلك - أي في استعمال الحق - من غرض سوى الاضرار بالغير .»[1]

وهذا المعيار ذاتي لا ينطبق الا على حالة استعمال الحق اذا تمحض القصد فيه الاضرار بالغير ، دون أن يصحبه قصد آخر ، من ابتغاء مصلحة - ولو ضئيلة - لصاحب الحق .

وينطبق كذلك على حالة ما اذا تحققت له مصلحة عرضية غير مقصودة ، مادام قصده الوحيد هو الاضرار بالغير ، ونص المادة صريح في هذا ، إذ يقول: « لم يقصد به سوى الاضرار بالغير » .

ومن العسير عملاً اثبات تمحض قصد الاضرار ، وهو معيار ذاتي محض ؛ لذا يمكن أن يستعين القاضي **بالقرائن القضائية**من المسلك الخارجي للشخص ، ومن أهم هذه القرائن ، **انعدام كل مصلحة** ، او تحقق منفعة ضئيلة غير مقصودة ؛ اذ يدل ذلك على أنه لم يستعمل حقه **الا بقصد الاضرار بالغير** .

---

(١) جامع العلوم والحكم - ص ٢٦٥ وما بعدها .

وهذه القرائن قد نص عليها الفقهاء في كثير من تطبيقاتهم[١] .

فالمعيار وما تفرع عنه – كما رأينا – قد استقى من الفقه الاسلامي .

المعيار الثاني : انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير

هذا المعيار ينبثق عن أصل مقرر في أصول الفقه الاسـلامي هو النظر في مآلات الافعال ونتائجها[٢] .

ويقرر هذا الاصل ان الفعل اذا كان له مآلان متعارضان ، وكانت المفسدة فيه مساوية للمصلحة او راجحة عليها ، لم يبق الفعل مشروعاً ، فما بالك اذا كانت المصلحة ضئيلة لا تتناسب مطلقاً مع ما يلزم عنها من مفسدة ؟ فاختلال التوازن اذن هو العلة في التعسف[٣] .

وهـذا المعيار الذي قرره الاصوليون والفقهاء[٤] ، وأصحاب القواعد[٥] ،

---

(١) راجع هذه المسألة تحت عنوان – انتفاء المصلحة قرينة على قصد الاضرار – ص ٤٧٢ ومابعدها،وما اوردنا له من تطبيقات من مختلف المذاهب – وراجع ادلة النظرية من فقه الصحابة – ص ٣٨٩ وما بعدها .

هذا ، وقد اقتصر القانون الالماني في نظرية التعسف على معيار واحد هو « قصد الاضرار » على ماقدمنا ، واخذ بهذا المعيار الفقه والقضاء الغربيين .

(٢) راجع الاصول الفقهية التي تثبت النظرية – أصل النظر في المآلات – ص ٤٠٣ وما بعدها ، وانظر في هـــذا الموضوع ايضاً – الموافقات جـ ٤ ص ١٩٨ وما بعدها،و جـ ٣ ص ٣٥٧ وما بعدها للشاطبي – مسلم الثبوت – جـ ٢ ص ٢٦٤ الطبعة الاولى ببولاق .

(٣) نهاية السول جـ ٤ ص ١٠٣ وما بعدها .

(٤) ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢١٨ وما بعدها .

(٥) الاشباه والنظائر لابن نجيم – تعليق الحموي – ص ١٢٠ – وما بعدها ومجلة الاحكام العدلية / المادة (٣٠) .

وقننته مجلة الاحكام العدلية ، **موضوعي مادي** ، لا يحفل بالنية والقصد ؛ بل يعتبر مجرد التسبب ـ ولو كان في الاصل مشروعاً ـ موجباً للمسؤولية، اذا وقع الضرر ، او موجباً للمنع من التصرف الفعلي ابتداء ، اذا كان الضرر متوقعاً في الغالب من الظن .

واختلال التوازن هـذا ، يتمثل في الضرر الفاحش بصورة واضحة ، وفي الضرر العـام[1] بصورة أوضح ، كما يتمثل هـذا المعيار فيما اذا ضؤلت المصلحة بحيث لا تناسب المفسدة **اطلاقاً** من باب أولى .

ضآلة المصلحة قرينة على قصد الاضرار :

على أن انعدام التناسب بين المصلحة والمفسدة لضآلة الاولى ، قد يتخذ قرينة على قصد الاضرار ، وأياً ما كان ، فقصد الاضرار، او انعدام التناسب ، كل منهما علة في التعسف .

وقد اورد الفقهاء على هـذا المعيار تطبيقات كثيرة مبثوثة في كتب الفقه الاسلامي وشتى أبوابه .

المعيار الثالث : عدم مشروعية المصالح التي قصد تحقيقها من استعمال الحق

يذكر فقهاء القانون أن اكثر تطبيقات هـذا المعيار في القضاء المصري ـ في ظل التقنين الملغى ـ كان في « استعمال الحكومة حقها في تسريح بعض الموظفين ؛

---

(١) انظر بحثا هاما للشاطبي في الموافقات بعنوان : الامر والنهي يتواردان على الفعل ، واحدهما راجع الى جهة الاصل ، والآخر راجـع الى جهة التعاون ـ ج ٣ ص ٣٥٧ وما بعدها .

ارضاءً لغرض شخصي ، أو شهوة حزبية ؛ **لا لتحقيق مصلحة عامة**[1] .

ونحن قد فصلنا القول[2] في هذا المعيار ، وبينا وجه التعسف الذي يتمثل فيه ، من أنه معاندة لقصد الشارع ، او مضادة للاصل الذي بنيت عليه الشريعة ، من اعتبار المصالح في الاحكام[3] .

هـذا وقد استقر أصلاً في الفقه الاسلامي – على ما هو الراجح عند المحققين من الاصوليين والفقهاء – ان النيات والمقاصد معتبرة في العادات والتصرفات ، كما هي معتبرة في العبادات[4] ، او بعبارة اخرى ان القصود معتبرة[5] في العقود والتصرفات ، وأن الباعث يؤثر فيها صحة وبطلاناً[6] .

وهـذا المعيار موضوعي مرن يجعل للقضاء سلطة واسعة في رقابة استعمال الحقوق[7] ، وهو أفضل من معيار الدافع ، او الغرض غير المشروع[8].

والواقع ، ان المصلحة غير المشروعة ، اذا كانت معياراً موضوعياً ، فهي في الوقت نفسه تعبير واقعيٌّ عن الباعث غير المشروع ؛ اذ تحقيق المصلحة غير

---

(١) اصول القانون – ص ١١٢٤ – الدكتور حسن كيرة .
(٢) انظر ص ٤٧٨ وما بعدها من الكتاب .
(٣) موافقات جـ ٤ ص ٢٠١ – وانظر قاعدة الحيل ، والاسس التي يقوم عليها تقييد الحق في الفقه الاسلامي – الاساس الاول – المصالح معتبرة في الاحكام ص ٢١٩ – وما بعدها المرجع السابق – أعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٤٢/١٤٣ و ص ١٥٦ .
(٤) الموافقات جـ ٢ ص ٣٢٣ و ص ٣٣٣
(٥) أعلام الموقعين جـ ٣ ص ٨٢ و ص ٨٤ .
(٦) الباعث في الفقه الاسلامي – ص ٤٣٣ وما بعدها من هذا الكتاب – مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ ٤ ص ٥٣ للدكتور السنهوري .
(٧) اصول القانون ص ١١٢٥ للدكتور السنهوري .
(٨) المرجع السابق .

المشروعة لابد ان يكون وراءه دافع غير مشروع ، فالمعياران مترابطان اشد الترابط .

وقد اشارت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي الى هذا المعنى ؛ اذ تقول : « **إن معيار المصلحة غير المشروعة اذا كان ماديا في ظاهره** ، **الا ان النية كثيراً ماتكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة [1]** » .

أما تطبيق هذا المعيار على تعسف الحكومة في استعمال سلطتها ، فقد فصلنا القول فيه في موضعه من هذا الكتاب ، لان درء التعسف هنا يتصل بمبدأ العدل المطلق في الفقه الاسلامي [2] .

وهكذا ترتد معايير النظرية في القانون المدني الجديد في الجمهورية العربية المتحدة ، والقانون المدني السوري ، والعراقي والليبيي ـ وقد اخذت بالمعايير ذاتها مع اختلاف يسير في الألفاظ لا يؤثر على وحدة المعنى ـ الى ما استقر في الفقه الاسلامي من اصول هذه النظرية .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ـ ج ١ ص ٢٠٩ ص ٢١٠ .

(٢) راجع مبدأ العدل المطلق في الفقه الاسلامي وصلته بنظرية التعسف ـ ١ ـ في السلطة والحكم ـ ص ٨٨ وما بعدها من الكتاب ـ السياسة الشرعية اساسها العدل والمصلحة ، ص ٨٨ المرجع السابق ـ السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٩ وما بعدها ـ القاعدة الخامسة في الاشباه والنظائر ، لابن نجيم تعليق الحموي ـ « تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة » وفروعها ج ١ ص ١٥٧ ـ الاشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٨ ـ السياسة الشرعية ، للشيخ عبد الرحمن تاج الدين ص ١٤٩ ـ الاباحة عند الاصوليين ـ للاستاذ محمد سلام مدكور ص ٣٠٣ .

القواعد ـ للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٦١ .

المبحث الرابع

تأصيل نظرية التعسف في الفقه القانوني

ذهب فريق من فقهاء القانون في البلاد العربية الى ان مبنى نظرية التعسف هو « الخطأ » المولد المسئولية التقصيرية ، وبذلك لم يجعلوا لهذه النظرية كياناً مستقلاً [1] .

وخالف في هذا التأصيل فريق آخر [2] فجعلها ذات كيان مستقل ، وبيّن أن حقيقة التعسف **انحراف بالحق عن غايته** [3] .

وقد بيّنت في بحث « تأصيل التعسف وتكييفه في الفقه الاسلامي [4] » انه يرتبط أساساً بنتائج استعمال الحق او غرضه ، ولا يرتبط بأصل السلطات المخولة لصاحب الحق ، وبنتيجة البحث اتضح لي ، أن التعسف لا يقوم على فكرة

---

(١) اصول القانون – الدكتور حسن كيره – ص ١١٠٠ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق .

(٣) من الاولين – الدكتورعبد الرزاق السنهوري – الوسيط جـ ١ الفقرة(٥٥٢) و (٥٥٧) و (٥٥٩) . – الدكتور سليمان مرقس – المسئولية المدنية – القسم العام ص ١٢٦ وما بعدها . – الدكتور عبد المنعم فرج الصدة محاضرات في القانون المدني ص ٨٦ وما بعدها – الدكتور احمد حشمت ابو ستيت – نظرية الالتزام فقرة (٤٣٥) و (٤٣٨) .

(٤) ص ٢٨١ وما بعدها من الكتاب .

« التعدي » بطريق التسبب عند الفقهاء المسلمين : القدامى والمتأخرين ؛ لان من الحالات التعسفية ما لا ينظر فيها الى عنصر **الارادة او الاهمال** ، وانما ينظر الى المآل الممنوع كما ذكرنا ، او الى اختلال التوازن بين المصالح ، وهذا من الضوابط المادية الموضوعية التي لاتتعلق بالقصد غير المشروع،أو الاهمال في أخذ الحيطة ، او عدم التبصر؛ بل يمنع المستعمل لحقه بالنظر الى هذا المآل الممنوع ، ويكفي لقيام هذه المسؤولية مجرد التسبب فيه ، وهي التي عرفت في القانون المدني والدولي بالمسؤولية المطلقة [1] غير المقترنة « بالخطأ » .

ثم انتهيت الى أن حقيقة التعسف إنْ هي الا : « مُناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الاصل » وان« المناقضة » هي العلة في المنع من الفعل التعسفي ، او في ترتيب المسئولية عليه .

المبحث الخامس

مجال نظرية التعسف في القانون المدني الجديد

يذهب القانون المدني الجديد[2] الى التضييق من نطاق نظرية التعسف،بجعل

---

(١) انظر تأصيل التعسف عند الاصوليين والفقهاء ص ٢٨١وما بعدها من الكتاب – وتأصيل التعسف وتكييفه كما أراه ص٣٠٥ ومابعدها – المرجع السابق .

(٢) في الجمهورية العربية المتحدة – والعراق – وسورية ، وليبيا انظر المادة/٦ مدني سوري – والمادة/٧/٢ مدني عراقي والمادة/٥ مدني ليبي .

محل التعسف الحقوق بالمعنى الدقيق ، ولا يبسط ظلها على الحقوق العامة او الحريات[1] .

على ان هذا الرأي ليس متفقاً عليه بين فقهاء القانون[2] .

وقد بحثت مجال تطبيق هذه النظرية في الفقه الاسلامي بحثاً مستفيضاً مدعماً بالادلة من الكتاب والسنة وفقه الصحابة (رض) واجتهادات ائمة المذاهب ، وانتهيت الى ان ليس في طبيعة كل من الحق والرخصة مايتنافى وتطبيق حقيقة التعسف عليه ؛ بل ان منطق التشريع الاسلامي يؤيد ذلك التطبيق ، من قبل أن كلاً من الحق والرخصة سلطة ممنوحة للفرد من قبل الشارع لتحقيق مصلحة مرسومة ، وأن التعسف اذا كان هو الانحراف بهذه السلطة عن غايتها ، الامر الذي يحقق المناقضة ، امكن بذلك تصور التعسف في كل منها دون التواء أو عسر[3] .

« تم الكتاب بعون الله وتوفيقه »

القاهرة { ١ من شوال سنة ١٣٨٤
{ ٢ من شباط سنة ١٩٦٥

---

(١) جاء في مذكرة المشروع التمهيدي مايلي « ... فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها، أما الرخص فلا حاجة الى فكرة التعسف في ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء ذلك ..... لان احكام المسئولية تتكفل بذلك على خير وجه » . مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ج ١ ص ٢٠١ .

(٢) فالقائلون بقصر محل التعسف على الحقوق وحدها - الدكتور حسن كيره اصول القانون ص ١١٣٦ وما بعدها . الدكتور السنهوري - الوسيط ج ١ وخالف في ذلك الدكتور اسماعيل غانم النظرية العامة للحق ص ١٦٦ .

(٣) انظر مجال نظرية التعسف في الفقه الاسلامي ص٥٠٨ وما بعدها من الكتاب .

ثبت

المصادر والمراجع

التفسير والحديث

- جامع البيان في تفسير القرآن ـ للامام ابن جرير الطبري ـ طبعة اولى ـ المطبعة الاميرية .
- الكشاف عن حقائق التنزيل ، وعيون الأقاويل في وجوه التأويل ـ للامام محمود بن عمر الزمخشري ـ ط ـ ثانية ـ المطبعة الأميرية ـ ١٣١٨ هـ .
- الجامع لاحكام القرآن ـ ابو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي ـ طبعة اولى ـ دار الكتب المصرية بالقاهرة .
- أنوار التنزيل واسرار التأويل ـ ناصر الدين أبو سعيد عبد الله البيضاوي ـ المطبعة العثمانية بالقسطنطينية ـ ١٣٠٥ هـ (على هامش القرآن الكريم) .
- احكام القرآن ـ ابو بكر احمد بن علي الرازي (الجصاص) ـ مطبعة الاوقاف الاسلامية بالقسطنطينية ـ ١٣٢٥ هـ .
- احكام القرآن ـ لابن العربي ـ طبعة اولى ـ مطبعة دار السعادة ـ القاهرة ١٣٣٠ هـ .
- نيل الاوطار ـ شرح منتقى الأخبار ـ للامام محمد بن علي الشوكاني ـ ط اولى المطبعة المصرية ـ ١٣٥٧ هـ .

- سبل السلام شــرح بلوغ المرام - للامام محمـد بن اسماعيل الصنعاني - اربعة اجزاء - ط . ثانية سنة ١٩٥٠ م .
- سنن ابي داود - اربعة اجزاء - ط . ثانية مطبعة السعادة ١٩٥٠ - ١٩٥١ .
- السنن الكبرى للبيهقي - طبع حيدر اباد بالدكن بالهند - ١٣٥٣ هـ .
- شرح صحيح مسلم ، للامام محيي الدين النووي - المطبعة المصرية - القاهرة ١٣٤٩ هـ - ثمانية عشر جزءاً .
- النهاية في غريب الحديث والاثر - لابن الاثير - المطبعة العثمانية - القاهرة - ١٣١١ هـ .

المصادر

في أصول الفقه

- الإحكام في أصول الأحكام ، لسيف الدين ابي الحسن الآمدي اربعة اجزاء ط . دار المعارف بالقاهرة سنة ١٣٣٢ هـ ، سنة ٩١٤ م
- الرسالة ، للامام الشافعي - ط . المطبعة الاميرية بالقاهرة .
- المستصفى من علم الأصول ، لحجة الاسلام الامـام الغزالي ، - جزءان - المطبعة الاميرية - القاهرة سنة ١٣٢٢ هـ .
- مسلم الثبوت ، لمحب الدين ابن عبد الشكور ، مع شرحه ، فواتح الرحموت لابن نظام الدين في ذيل المستصفى للغزالي . طبعة اولى الاميرية سنة ١٣٢٤ هـ.
- شرح المنار - ابن ملك - المطبعة العثمانية - القاهرة - سنة ١٣٠٨ هـ .
- اصول فخر الاسلام البزدوي - وشرحـه كشف الاسرار ، لعلاء الدين البخاري . اربعة اجزاء - ط الاستانة سنة ١٣٠٢ هـ .

- نهاية السول ، في شرح منهاج الاصول ، للقاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي ـ تأليف الامام جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الاسنوي ومعه حواشيه المسماة ـ سلم الوصول لشرح نهاية السول ـ للشيخ محمد بخيت المطيعي ـ المطبعة السلفية سنة ١٣٤٥ هـ .
- الإحكام في اصول الأحكام ـ لأبي محمد علي بن حزم الاندلس الظاهري ، السعادة ـ القاهرة سنة ١٣٤٨ هـ .
- ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول ـ لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني ، طبعة اولى ـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ ١٣٥٦ هـ ـ ١٩٣٧ م.
- تنقيح الفصول ـ للامام الشوكاني .
- مرآة الاصول في شرح مرقاة الوصول ـ لمنلا خسرو ـ وعلى المرآة ـ حاشية الازميري ط . الاستانة سنة ٣١٢ هـ .
- الموافقات في أصول الشريعة ـ لابي اسحق ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي ـ وعليه تعليقات الشيخ عبد الله دراز ، اربعة اجزاء ـ المطبعة الرحمانية .
- الاعتصام ـ للامام الشاطبي (صاحب الموافقات) المطبعة التجارية ـ لصاحبها مصطفى محمد بالقاهرة ـ جزءان ـ ١٣٣٢ هـ .
- التوضيح ـ لعبيد الله بن مسعود البخاري الملقب بصدر الشريعة ـ وعليه حاشية التلويح للتفتازاني ـ جزءان ـ ط ـ مطبعة دار الكتب العربية الكبرى ـ القاهرة سنة ١٣٢٧ هـ .

اصول الجعفرية .

- مُنية الطالب في حاشية المكاسب ، آية الله الخوانساري ـ طبع ايران سنة ١٣٧٦ .

القواعد الفقهية

- الأشباه والنظائر ـ لزين العابدين ابن نجيم ـ وعليه التعليق المسمى بغمز عيون البصائر للحموي ـ جزءان ـ ط . دار الطباعة العامرة ـ الاستانة ـ ١٢٩٠ هـ .
- الاشباه والنظائر ـ للامام للسيوطي ـ مطبعة مصطفى محمد سنة ١٩٣٦م.
- القواعد في الفقه الاسلامي ـ لابي الفرج عبد الرحمن ابن رجب ـ مطبعة الصدق الخيرية ـ القاهرة ـ سنة ١٩٣٣ م .
- مجامع الحقائق ـ ابو سعيد الخادمي ـ ط . الاستانة ١٣٠٨ هـ .
- منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق ـ للكوز الحصاري ـ ط . الاستانة سنة ١٣٠٨ هـ .
- الفروق ـ للامام شهاب الدين ابي العباس القرافي ـ اربعة اجزاء ـ مطبعة دار احياء الكتب العربية ١٣٤٧ هـ .
- قواعد الاحكام في مصالح الانام ـ عز الدين بن عبد السلام ـ جزءان ـ ط ـ المطبعة الحسينية ـ القاهرة ـ سنة ١٣٥٢ هـ .

الفقه الحنفي

- الخراج ـ لأبي يوسف ـ ط ـ اولى بولاق سنة ١٣٠٢ هـ .
- كتاب الآثار ـ للامام محمد بن الحسن الشيباني ـ طبع الهند .
- المبسوط شرح الكافي ـ شمس الدين السرخسي ـ ثلاثون جزءاً ـ مطبعة دار السعادة ـ بالقاهرة . سنة ١٣٣١ هـ .
- البحر الرائق ـ شرح كنز الدقائق ـ زين العابدين ابن نجيم ـ ثمانية اجزاء ـ المطبعة الاولى ـ المطبعة العلمية ـ سنة ١٣١١ هـ .

- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ـ عثمان بن علي الزيلعي ستة اجزاء ـ مطبعة بولاق ـ ١٣١٣ - ١٣١٥ هـ .
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للامام الكاساني ـ القاهرة ـ سبعة اجزاء ١٣٢٧ - ١٣٢٨ هـ .
- الهداية شرح بداية المبتدى ـ برهان الدين علي بن ابي بكر المرغيناني ـ اربعة اجزاء ـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة سنة ١٣٥٥ .
- جامع الفصولين ـ محمود بن اسرائيل الشهير بابن قاضي سماونه ـ ط . اولى ـ المطبعة الاميرية ببولاق ـ سنة ١٣٠٠ هـ .
- فتح القدير ـ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام ، ط . اولى ـ المطبعة الاميرية ـ سنة ١٣١٥ هـ .
- نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار ـ للمولى شمس الدين احمد المعروف بقاضي زادة ـ مطبوع مع فتح القدير (وهو تكملة لفتح القدير من باب الوكالة في الجزء السادس) .
- شرح العناية على الهداية ـ للامام اكمل الدين محمد بن محمود البابرتي ـ (مطبوع على هامش فتح القدير) .
- الدر المختار على متن تنوير الابصار ـ مطبوع بهامش رد المحتار ـ لابن عابدين
- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ـ محمد امين ، الشهير بابن عابدين ـ خمسة اجزاء ـ المطبعة المصرية ـ سنة ١٢٨٦ هـ .
- مجموعة رسائل ابن عابدين ـ جزءان ـ ط . الاستانة سنة ١٣٢١ هـ .
- الخراج ـ ليحيى بن آدم القرشي ـ المطبعة السلفية ـ بالقاهرة ـ ١٣٤٧ هـ .
- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام ـ للشيخ الامام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي ـ ط اولى ـ المطبعة الاميرية بولاق سنة ١٣٠٠ هـ .

مجمع الضمانات – ابو محمد بن غانم البغدادي – المطبعة الخيرية – القاهرة سنة ١٣٠٨ هـ .

- انفع الوسائل الى تحرير المسائل – نجم الدين ابراهيم الطرطوسي – مطبعة الشرق – القاهرة ١٣٤٤ هـ .

– مختصر الطحاوى – الامام ابو جعفر احمد بن سلامة – جزء واحد – مطبعة دار الكتاب العربي – القاهرة – ١٣٧٠ هـ .

– الفتاوى العالمكيرية – المعروفة بالفتاوى الهندية – ألفها جماعة من علماء الهند برئاسة العلامة الشيخ نظام ، وذلك بأمر السلطان الى المظفر محيي الدين محمد اورنك زيب بهادر عالمكير – المطبعة الاميرية – بمصر .

– الفتاوى الخانية – مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية في الثلاثة مجلدات الاولى .

– الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية . لشيخ الاسلام ، محمد العباس المهدي ، ط اولى – بالمطبعة الازهرية المصرية سنة ١٣٠١ هـ .

الفقه الشافعي

– الأم . للامام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي – (رواية الربيع بن سليمان المرادي عنه) ط – اولى – المطبعة الاميرية بمصر ١٣٢١ هـ .

– نهاية المحتاج الى شرح المنهاج – شمس الدين محمد شهاب الدين بن احمد الرملي – المطبعة المصرية ١٣٠٤ هـ .

– المجموع شرح المهذب – للنووي – وتكملته ، لتقي الدين السبكي ، اثنا عشر جزءاً مصر ١٣٤٤ هـ .

الفقه المالكي

- المدونة الكبرى – للامام مالك بن انس الاصبحي – رواية الامام سحنون ابن سعيد التنوخي عن الامام عبد الرحمن بن القاسم عنه ـ بستة عشر جزءاً – ط أولى – المطبعة الخيرية بالقاهرة سنة ١٣٢٤ هـ .
- المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الاحكام الشرعيات الامام ابو الوليد محمد بن رشد – مطبوعة على المدونة الكبرى .
- حاشية على الشرح الكبير ، لسيدي احمد الدردير – المطبعة الازهرية – القاهرة ١٣٤٥ هـ .
- القوانين الفقهية – ابن جزيء – مطبعة النهضة – تونس سنة ١٣٤٤ هـ .
- تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام – جزءان – المطبعةالبهية القاهرة سنة ١٣٠٢ هـ .
- العقد المنظم للاحكام – مطبوع بهامش تبصرة الحكام – لابن فرحون .
- المنتقى ، شرح موطأ الامام مالك – لأبي الوليد الباجي الاندلسي ، ط . اولى . مطبعة السعادة .

الفقه الحنبلي

- كشف القناع على متن الاقناع – منصور بن ادريس الحنبلي – مطبعة انصار السنة المحمدية ١٣٦٦ هـ .
- جامع العلوم والحكم – زين الدين ابو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن احمد بن رجب الحنبلي البغدادي – ط ثانية – مطبعة مصطفى البابي الحلبي – ١٣٦٩ هـ – ١٩٥٠ م .

– مجموعة فتاوى ابن تيمية الحراني – مطبعة كردستان العلمية بمصر ، سنة ١٣٢٨ هـ .

– اقامـــة الدليل على ابطال التحليل مطبوع في الجزء الثالث من الفتاوى – لابن تيمية .

– السياسة الشرعية (لابن تيمية) .

– الاحكام السلطانية ، لأبي يعلى .

الفقه الظاهري

– المحلّى – لابن حزم الاندلسي ، احـــد عشر جزءا – المطبعـة المنيريه ١٣٤٧ – ١٣٥٢ هـ .

الفقه المقارن

– المغني – موفق الدين عبد الله بن احمـد بن قدامة المقدسي ، على مختصر الخرقي – اثنا عشر جزءا – ط اولى – مطبعة المنار – القاهرة ١٣٤٨هـ .

- أعلام الموقعين عن رب العـــالمين – (لابن قيم الجوزية) صاحب المطبعة المنيرية بالقاهرة .

– بداية المجتهد ونهاية المقتصد – ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد – جزءان – مطبعة الاستقامة – القاهرة ١٣٧١ هـ .

المؤلفات الحديثة

في الفقه الاسلامي وأصوله

في علم أصول الفقه :

- علم اصول الفقه – عبد الوهاب خلاف – مطبعة النصر – القاهرة ١٩٥٥
- مصادر التشريع فيما لا نص فيه - عبد الوهاب خلاف – القاهرة ١٩٥٥
- سلم الوصول الى علم الاصول – عمر عبد الله – ط اولى ١٩٥٦
- تعليل الاحكام – مصطفى شلبي – مطبعة الازهر ١٩٤٢
- أصول الفقه – محمد أبو زهرة ١٩٥٥ .
- أصول الفقه – للخضري – ط رابع – ١٩٦٢ .
- أصول الفقه الاسلامي – زكي الدين شعبان .
- مباحث الحكم عند الاصوليين – محمد سلام مدكور – مطبعة لجنة البيان العربي ١٩٥٩ م – ١٣٧٩ هـ .
- نظرية الاباحة عند الاصوليين والفقهاء – محمد سلام مدكور ١٩٦٣ .

في الفقه الاسلامي :

- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية – ط . اولى – مطبعة نوري – ١٩٣٩ .
- أبو حنيفة – ط . ثانية – دار الفكر العربي – القاهرة ١٩٤٧ .

- مالك – ط . أولى – مطبعة الاعتماد – القاهرة – ١٩٤٦ .
- الشافعي – ط . ثانية – مطبعة مخيمر – ١٩٤٨ .
- ابن حنبل – ط . ثانية – ١٩٥٠ .
- ابن تيمية – ط . اولى – دار الفكر العربي – القاهرة ١٩٥٢ .
- ابن حزم – ط . اولى ١٩٤٢ .
- الاحوال الشخصية – « قسم الزواج » ط . ثانية مطبعة مخيمر القاهرة ١٩٥٠ .

هذه المؤلفات السابقة كلها للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة .

- أحكام المعاملات الشرعية – علي الخفيف – ط . ثالثة – القاهرة ١٩٤٧ .
- الحق والذمة – على الخفيف – الناشر مكتبة وهبة – القاهرة ١٩٤٥ .
- فرق الزواج – على الخفيف – مطبعة الرسالة – القاهرة ١٩٥٨ .
- اسباب اختلاف الفقهاء – على الخفيف – ١٩٥٦ .
- التصرف الانفرادي – على الخفيف – ١٩٦٣
- مصادر الحق في الفقه الاسلامي – الجزء الاول – دار مصر للطباعة ١٩٥٤
- مصادر الحق – الجزء الرابع – دار الهنا للطباعة – القاهرة ١٩٥٧
- مصادر الحق – الجزء السادس – دار الهنا للطباعة – القاهرة ١٩٥٧ – هذه المؤلفات الثلاثة السابقة للدكتور السنهوري .
- الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته – محمد يوسف موسى – ط . اولى – دار الكتاب العربي – القاهرة ١٩٥٣م .
- تاريخ الفقه الاسلامي – محمد يوسف موسى – مطبعة دار الكتاب العربي ١٣٧٨ هـ – ١٩٥٨ م .
- السياسة الشرعية – عبد الرحمن تاج ١٩٥٢ .
- أحكام الاحوال الشخصية – عمر عبد الله ١٩٦٠

- مدى حقوق الزوجين في الطلاق - عبـد الرحمن الصابوني - مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٢ .
- التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي - وحيـد الدين سوار - ط . اولى - مطابع دار الكتاب العربي ١٣٧٩هـ - ١٩٦٠ م
- النظريات السياسية الاسلامية - ضياء الدين الريّس .
- في مدى استعمال حقوق الزوجية - السعيد مصطفى السعيد - مطبعة دار الاعتماد - ١٩٣٥ م
- مسألة ملكية الارض في الاسلام - ابو الاعلى المودودي - المطبعة التعاونية بدمشق ١٩٥٥
- ذاتية الإسلام - محمد المبارك ١٩٦٠
- مذكرة في اصول الفقه - للسنة الرابعة في كلية الشريعة بجامعة الازهر - الشيخ طه الديناري .
- الاسلام عقيدة وشريعة - محمود شلتوت - مطبعة دار القلم - القاهرة ١٩٦٠
- المسؤولية المدنية والجنائية - محمود شلتوت - مطبعة الازهر .
- نظرات في الاسلام - محمد عبد الله دراز .
- اسس الاقتصاد بين الاسلام والنظم المعاصرة - ابوالأعلى المودودي - السلسلة الهاشمية - دمشق - ١٣٨٠هـ - ١٩٦٠ م .
- أحكام الوصية - بحوث مقارنة - علي الخفيف ١٩٦٢ .
- المدخل الفقهي العـام - ج ١ - مطبعة جـامعة دمشق - ١٩٥٢ مصطفى الزرقاء .
- المدخل الى نظرية الالتزام في الفقه الاسلامي - ج٢ - مطبعة جامعة دمشق - ١٩٥٨ مصطفى الزرقاء .
- العرف والعـادة في رأي الفقهاء - أحمد فهمي أبو سنة - مطبعة الازهر - القاهرة - ١٩٤٩ .

- مقارنة المذاهب الاربعة ـ محمود شلتوت ومحمد السايس ـ مطبعة محمد علي صبيح ١٣٧٣هـ - ١٩٥٣م .
- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ـ صبحي المحمصاني ـ جزءان ـ مطبعة الكشاف ـ بيروت ـ ١٩٤٨ .
- فلسفة التشريع في الاسلام ـ صبحي المحمصاني ـ ط . ثانية ـ مطبعة الكشاف ـ بيروت ١٩٥٢ .
- الفقه الاسلامي (مدخل لدراسته ـ نظام المعاملات فيه) محمد يوسف موسى ج٢ - ١٩٥٦ م .
- كتاب اسبوع الفقه الاسلامي ـ المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية ـ القاهرة
- تفسير القرآن ـ محمود شلتوت ـ مطبعة دار القلم .
- شرح الادلة الاصلية على مجلة الاحكام العدلية ـ محمد سعيد مراد الغزي مطبعة حكومة دولة دمشق ـ ١٣٤٠ هـ - ١٩٢٤ م
- مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان ـ قدري باشا ـ المطبعة الاميرية بولاق ـ ١٣٠٨ هـ .

***



المراجع

في القانون المدني

- اصول القانون ـ حسن كيره ـ مطبعة دار المعارف ١٩٦٠ .
- الوسيط ـ عبد الرزاق احمد السنهوري ـ في شرح القانون المدني الجديد ـ نظرية الالتزام بوجه عام ـ مصادر الالتزام ـ مطبعة جرينبرج ١٩٤٦ م.
- اصول الالتزامات ـ الجزء الاول ـ في مصادر الالتزام ـ سليمان مرقس ـ دار النشر للجامعات المصرية ـ القاهرة ١٩٥٦ .
- المدخل الى العلوم القانونية (سليمان مرقس) ١٩٦٠ .
- نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ـ احمد حشمت ابو ستيت ـ الطبعة الثانية ـ مطبعة مصر ـ القاهرة ١٩٥٤ .
- اصول القوانين ـ السنهوري وابو ستيت سنة ١٩٥٠ .
- محاضرات في المدخل للعلوم القانونية ـ نظرية الحق في القانون المدني ـ احمد سلامة ١٩٥٩ م .
- النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الاول ـ عبد الحي حجازي ـ مطبعة نهضة مصر القاهرة ١٩٥٣ .
- محاضرات عن القانون المدني العراقي ـ الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام ـ صلاح الدين الناهي سنة ١٩٥٨ .
- النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الاول ـ مصادر الالتزام ـ انور سلطان ـ مطبعة دار المعارف ١٩٦٢ م .

- شرح القانون المدني الجديد - الالتزامات - الجزء الثاني - في مصادر الالتزام - محمد كامل مرسي ١٩٠٥ .
- مصادر الالتزام - عبد المنعم فرج الصدة - ط - مطبعة البابي الحلبي - القاهرة ١٩٦٠ .
- المسؤولية المدنية ط . اولى - حسين عامر ، ١٩٥٦.
- محاضرات في القانون المدني العراقي - حسن ذنون - مقومات الملكية والحقوق العينية والائتمان العقاري - ١٩٥٤ .
- محاضرات في القانون المدني السوري - مصطفى الزرقاء ١٩٥٤ .
- الوجيز في الحقوق المدنية ط (عدنان القوتلي) مطبعة جامعة دمشق طبعة ثانية ١٩٦٠ م .
- محاضرات في القانون المدني - حق الملكية - عبد المنعم فرج الصدة ١٩٦٠ .
- محاضرات عن القانون المدني العراقي - حق الملكية في ذاته - صلاح الدين الناهي - مطبعة الرسالة ١٩٦٠ - ١٩٦١ .
- التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود - حسين عامر - ط اولى - القاهرة ١٣٧٩ ﻫ ١٩٦٠ م .
- محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية (القسم الاول) الاحكام العامة - سليمان مرقس - دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٨ .
- محاضرات في النظرية العامة للحق - (شمس الدين الوكيل) مطبعة نهضة مصر بالفجالة ١٩٥٣-١٩٥٤ .
- محاضرات في النظرية العامة للحق - شفيق شحاته - ١٩٤٩-١٩٤٩ .
- الحقوق العينية الاصلية - حق الملكية - حسن كيرة .
- مذكرات في النظريات العامة للحق - عبد الحي حجازي ١٩٥٠-١٩٥١ .
- شرح القانون المدني الجديد ، جـ١ الحقوق العينية الاصلية - كامل مرسي - ١٣٧٠ ﻫ - ١٩٥١ م .

- شرح القانون المدني ـ حق الملكية ـ محمد علي عرفه ـ مطبعة جامعة فؤاد الاول ١٩٥٠ .
- المدخل للعلوم القانونية ـ عبد المنعم البدراوي .
- نظرية القانون ـ عبد الفتاح الباقي ـ ١٩٤٨ .
- محاضرات في القانون المدني العراقي ـ حامد مصطفى ١٩٦٣ .
- الحقوق العينية الاصلية ـ عبد المنعم البدراوي .
- المسئولية المدنية ـ التقصيرية والعقدية ـ حسين عامر ـ مطبعة مصر ـ طبعة أولى ـ القاهرة ١٣٧٦ هـ ١٩٥٦ م .
- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني في الجمهورية العربية المتحده .

العلوم السياسية والقانون الدولي والدستوري والجنائي

- اصول النظم السياسية والاجتماعية ـ احمد عبد القادر الجمال ١٩٥٤ .
- الحريات العامة من سلسلة الاقتصاد والسياسة . طعيمة الجرف .
- النظريات والنظم السياسية ـ طعيمة الجرف .
- النظريات والمذاهب السياسية ـ مصطفى الخشاب .
- المدخل الى علم السياسة ـ بطرس غالي ـ ومحمد خيري عيسى .
- النظم الدستورية في البلاد العربية ـ سيد صبري .
- المسئولية الدولية ـ محمد حافظ غانم .
- اسباب الاباحة ـ محمد نجيب حسني .

المجلات

- مجلة الحقوق ـ جامعة القاهرة .
- مجلة القانون والاقتصاد ـ كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة .
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة عين شمس .
- مجلة الازهر .
- مجلة رسالة الاسلام .
- مجلة حضارة الاسلام ـ تصدر في جامعة دمشق .

* * *

من آثار المؤلف

١ – المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي – طبع دار الرشيد – دمشق – ١٩٧٥ .

٢ – أصول التشريع الاسلامي . طبع جامعة دمشق – ١٩٧٦ .
مقرر على الصف الرابع من كلية الحقوق .

٣ – أصول المعاملات في الفقه الاسلامي – طبع كلية الحقوق – جامعة الجزائر . (مؤسسة الامالي) ١٩٧٢ .

٤ – نظام الاسلام – طبع جامعة دمشق ١٩٦٧ (مؤسسة الامالي)

٥ – أصول الفقه الاسلامي–طبع مؤسسة الامالي في جامعة دمشق١٩٧٢ .
الصف الثاني. من كلية الشريعة.

٦ – أصول الفقه الاسلامي – طبع مؤسسة الامالي . جامعة دمشق ١٩٦٧
مقرر الصف الثالث من كلية الشريعة .

٨ – الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده .
– طبع جامعة دمشق – ١٩٦٧ (رسالة دكتوراة نالت درجة الامتياز بدرجة الشرف الاولى) .

٩ – نظرية التعسف في استعمال الحق
طبع جامعة دمشق ١٩٦٧

١٠ – بحوث في « الفقه المقارن » . طبع جامعة دمشق (مؤسسة الامالي) .
– مقرر على الصف الرابع – كلية الشريعة – ١٩٧٧ .

من البحوث المقارنة
للمؤلف

١ – مبادىء نظام الحكم في الاسلام .
(بحث مقارن بالفقه الوضعي) .
ـ ألقي محاضرات في كلية الآداب، بجامعة الجزائر، ١٩٧١ – ١٩٧٤

٢ – بحث في (التكافل الاجتماعي في الاسلام) .
ـ مقدم لاسبوع الفقه الاسلامي المنعقد في القاهرة ١٩٦٧. طبع المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بالقاهرة .

٣ – بحث (الحضارة الانسانية في الاسلام) .
ـ مقدم الى المؤتمر الاسلامي المنعقد في الخرطوم، السودان، ١٩٦٨. طبع جامعة ام درمان الاسلامية بمناسبة مرور أربعة عشر قرناً على نزول القرآن الكريم .

المؤهلات العلمية
للمؤلف

١ – دكتوراة في الفقه الإسلامي وأصوله – درجة الامتياز بمرتبة الشرف الاولى – من كلية القانون والشريعة – جامعة الازهر – ١٩٦٥ .

٢ – دبلوم العلوم السياسية – دراسات عليا – قسم الدكتوراة – كلية الحقوق جامعة القاهرة – (سنتان دراسة متخصصة) ١٩٥٤ .

٣ – دبلوم في العلوم القانونية – (سنتان دراسة عليا متخصصة) في معهد البحوث والدراسات القانونية التابع لجامعة الدول العربية ١٩٦٣ .

٤ – العالمية مع الاجازة في تخصص القضاء الشرعي – كلية القانون والشريعة – جامعة الازهر – « سنتان دراسة عليا متخصصة في الاحوال الشخصية والاجراءات» ١٩٥١.

٥ – العالمية مع الاجازة في التدريس – من كلية اللغة العربية ، جامعة الازهر (سنتان دراسة عليا متخصصة في التربية وعلم النفس)١٩٥١

٦ – دبلوم في التربية وعلم النفس – سنتان دراسة عليا متخصصة ، من جامعة عين شمس ، بالقاهرة ١٩٥٢ .

٧ – ليسانس في الآداب ، قسم اللغة العربية، بتفوق ، من كلية الآداب جامعة القاهرة ، ١٩٥٠ .

٨ – ليسانس في الشريعة ، كلية القانون والشريعة، جامعة الازهر ١٩٤٧

مراجع
في القانون المدني
(باللغة الاجنبية)

Josserand — L'abus des Droits . Paris — 1927 .
— De L'esprit des droits et de leur relativité (théorie dite de l'abus des droits) Paris 1927 .

Planiol — Traité élémentaire de droit civil .
— Traité paratique de droit civil francais le obligations . Paris — 1938 — 31 .

Mahmoud Fathy — La Doctrine Musulamane de L'Abus des Droits . Lyon 1913 .

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

* * *


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com